

ACADEMIA ROMÂNĂ
Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”
Comunicări prezentate la sesiunea anuală de comunicări științifice

***10 ani de la aderarea României
la Uniunea Europeană.
Impactul asupra evoluției
dreptului românesc***



*București
- 31 martie 2017 -*

ISBN CD: 978-606-39-0043-3

COMITETUL ȘTIINȚIFIC

Președinte:

prof. univ. dr. **Mircea DUȚU**

Director

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof. dr. **Sofia POPESCU**

cercetător științific emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof. dr. **Marilena ULIESCU**

cercetător științific emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof. dr. **Dumitra POPESCU**

cercetător științific emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof. dr. **Rodica STĂNOIU**

cercetător științific emerit, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof. dr. **Raluca DIMITRIU**

CS I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof. dr. **Dana TOFAN**

CS I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof. dr. **Gheorghe BUTA**

CS I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof. dr. **Mihai ȘANDRU**

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Tudor AVRIGEANU**, *M.iur.comp.*

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

conf. dr. **Alexandrina ȘERBAN**

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

conf. dr. **Bogdan PĂTRAȘCU**

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

conf. dr. ***Ion IFRIM***

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

conf. dr. ***Aura PREDA***

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

conf. dr. ***Versavia BRUTARU***

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

COMITETUL de ORGANIZARE

Președinte:

prof. univ. dr. **Mircea DUȚU**

Director

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Tudor AVRIGEANU**, *M.iur.comp.*

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Ion IFRIM**

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Aura PREDA**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Versavia BRUTARU**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Dumitru DOBREV**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

(drd.) **Mihaela-Gabriela BERINDEI**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Ion FLĂMÎNZEANU**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Andrei CONSTANTIN**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

Jr. **Rozalia FLĂMÎNZEANU**

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

Jr. **Iolanda VASILE**

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

Conf. univ. dr. **Adrian-Milutin TRUICHICI**

Universitatea „Titu Maiorescu”, Facultatea de Drept

Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

Cuprins

SECȚIUNEA DREPT PRIVAT I

SUPRAVIEȚUIREA UNOR CLAUZE ÎN CAZUL ÎNCETĂRII (DESFÎINȚĂRII) CONTRACTULUI Dr. Smaranda Angheni.....	18
UNELE ASPECTE REFERITOARE LA REGLEMENTĂRILE ART. 1141-1142 DIN CODUL CIVIL CU PRIVIRE LA EXERCITAREA DREPTULUI DE PROPRIETATE COMUNĂ PE COTE-PĂRȚI FORȚATĂ ASUPRA AMINTIRILOR DE FAMILIE Cristian Jora, Elena Makkai	23
ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ – FACTOR DE DINAMIZARE A PROCESULUI DE ÎNNOIRE LEGISLATIVĂ, CU PRIVIRE SPECIALĂ ASUPRA DREPTULUI PRIVAT ROMÂN Bogdan Pătrașcu, Ilioara Genoiu	31
PRINCIPIUL IREVOCABILITĂȚII DONAȚIILOR Victor Marcusohn	40
RĂSPUNDEREA EXTRACONTRACTUALĂ ÎN JURISPRUDENȚA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE Andrei Duțu-Buzura	45
FINALITATEA RĂSPUNDERII CIVILE DELICTUALE. REPARAREA PREJUDICIULUI Florin Octavian Barbu	53
EVOLUȚII CONTRADICTORII ÎN DREPTUL EUROPEAN AL CONTRACTELOR Sache Neculaescu	57
EVOLUȚIA DREPTULUI DE PROPRIETATE Adela Pîrlică	69
O MĂSURĂ ÎN INTERESUL COPIILOR? Cristiana-Mihaela Crăciunescu	77
CARACTERUL IMPERATIV AL OBLIGAȚIEI LEGALE DE ÎNTREȚINERE. UNELE CONSECINȚE ÎN DREPTUL PENAL Mihaela Gabriela Berindei	83

CONSIDERAȚII PRIVIND APLICAREA REGULAMENTELOR UNIUNII EUROPENE ÎN MATERIA REGIMURILOR MATRIMONIALE REGLEMENTATE ÎN DREPTUL ROMÂNESC Oana Ispas	89
DESPRE CAPACITATEA MATRIMONIALĂ A MINORULUI Silvia Iosa	99
INSTITUȚII DE DREPT PRIVAT ÎNTRE TEXTUL BIBLIEI ȘI CODUL CIVIL. CĂSĂTORIA Liviu-Bogdan Ciucă	103
UNELE CONSIDERAȚII ASUPRA EVOLUȚIEI DREPTULUI DE A-ȚI DETERMINA FELUL PROPRIILOR FUNERALII ÎN ROMÂNIA Silviu-Dorin Șchiopu	110
CROCHIUL DREPTULUI DE AUTOR SUB PENELUL INTERNETULUI. REPERE JURISPRUDENȚIALE LA 10 ANI DE LA ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ Maria Dumitru-Nica, Despina-Martha Ilucă	118

SECȚIUNEA DREPT PRIVAT II

CÂTEVA ASPECTE PRIVIND IMPACTUL DREPTULUI UNIUNII EUROPENE ASUPRA DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT ROMÂN Gheorghe Buta	128
UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND EFECTELE RECUNOAȘTERII AUTORITĂȚII DE LUCRU INTERPRETAT A HOTĂRÂRIILOR CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE ASUPRA DREPTULUI PROCESUAL CIVIL ROMÂN Maria-Magdalena Cardiş	142
EVOLUȚIA REGLEMENTĂRII CU PRIVIRE LA EVOCAREA FONDULUI DE CĂTRE INSTANȚA DE APEL ÎN MATERIE CIVILĂ Nicolae-Horia Țiț	150
EVOLUȚIA LEGISLAȚIEI PRIVIND DOBÂNDA PENTRU OBLIGAȚIILE BĂNEȘTI Nora Andreea Daghie	163
CÂTEVA CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA IMPACTUL ADERĂRII ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ ASUPRA SOCIETĂȚII (COMERCIALE) REGLEMENTATE DE LEGEA NR. 31/1990 Dragoș Daghie	172

MODALITATEA ÎN CARE PREVEDERILE EUROPENE ÎN MATERIA DREPTULUI CONSUMULUI SUNT TRANSPUSE ÎN JURISPRUDENȚA ROMÂNĂ Ioana Veronica Varga.....	181
OPINII PRIVIND CONDIȚIILE PENTRU ADMISIBILITATEA ORDONANȚEI PREȘEDINȚIALE Marius Ionel Nicolau.....	189
PROCEDURA RIDICĂRII SECHESTRULUI ASIGURĂTOR DUPĂ SOLUȚIONAREA DOSARULUI PENAL POTRIVIT PROCEDURII CIVILE Mariana Stan.....	199
ACTIVITATEA DE VOLUNTARIAT LA 10 ANI DE LA ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ DANIEL ASSAD	203
RESTRÂNGEREA NEGOCIERII COLECTIVE. UN DIAGNOSTIC Raluca Dimitriu	210
NECESITATEA UNOR REGLEMENTĂRI CORESPUNZĂTOARE A FORMELOR DE MUNCĂ ATIPICĂ ÎN ROMÂNIA Dan Țop	217
SPECIFICITATEA DIALOGULUI SOCIAL ÎN CONTEXTUL ACTUAL Lidia Seceleanu	223
ARMONIZAREA LEGISLAȚIEI NAȚIONALE CU LEGISLAȚIA UNIUNII EUROPENE PRIVIND PROTECȚA SALARIAȚILOR ÎN CAZUL TRANSFERULUI DE ÎNȚEPRINDERE Anca-Verginica Lăcraru	230
SECȚIUNEA DREPT PUBLIC I – GENERAL	
DESPRE DREPT ȘI COMUNICARE ÎN SPIRITUALITATEA EUROPEANĂ Ion Craiovan	240
CONSIDERAȚII PRIVIND IMPACTUL CULTURII JURIDICE EUROPENE ASUPRA DREPTULUI ROMÂNESC, ÎN URMA ADERĂRII ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ CLAUDIU RAMON D. BUTCULESCU	249
PROCEDURA DE LEGIFERARE LA NIVELUL UNIUNII EUROPENE VS. PROCEDURA DE LEGIFERARE ÎN DREPTUL ROMÂNESC Mihai Bădescu	255

CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND CONCEPTUL DE JUSTIȚIE ÎN ACCEPȚIUNEA LUI HEGEL Emilian Ciongaru.....	263
REFLECTAREA DECALOGULUI ÎN DREPTUL ROMÂN ACTUAL Mihail Niemesch	269
CERINȚA PREVIZIBILITĂȚII LEGII – ABORDĂRI ÎN PRACTICA CURȚII CONSTITUȚIONALE ȘI INSTITUȚIEI AVOCATUL POPORULUI – Gabriel Radu.....	274
EGALITATEA ÎN DREPTURI A CETĂȚENILOR ȘI NEDISCRIMINAREA ÎN SISTEMUL CONSTITUȚIONAL ROMÂN ȘI ÎN DREPTUL COMPARAT – ASPECTE SELECTIVE – Nicolae Pavel.....	282
LEGISLAȚIA NAȚIONALĂ ÎN CEI 10 ANI DE LA ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ Andrei Constantin.....	290
ACCESUL LIBER LA JUSTIȚIE ÎN DREPTUL ROMÂNESC ACTUAL Iosif Friedmann-Nicolescu	295
REFLECȚII CU PRIVIRE LA ATRIBUȚIILE PREFECTULUI ÎN MATERIA AJUTORULUI DE STAT Irina Alexe.....	300
EVOLUȚIA LEGISLAȚIEI ÎN DOMENIUL PARTICIPĂRII PUBLICE, TRANSPARENȚEI DECIZIONALE ȘI ACCESULUI LIBER LA INFORMAȚIILE DE INTERES PUBLIC, DUPĂ ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ Viorel Miulescu.....	310
EXAMEN DE PRACTICĂ JUDICIARĂ ÎN DREPTUL URBANISMULUI Dumitru Dobrev.....	315
 SECȚIUNEA DREPT EUROPEAN ȘI DREPT INTERNAȚIONAL	
ROLUL NORMELOR EUROPENE ÎN CONTROLUL DE CONSTITUȚIONALITATE Tudorel Toader, Marieta Safta	322
ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE PRIVIND APLICAREA DIRECTĂ A DREPTULUI UNIUNII EUROPENE ÎN ORDINEA JURIDICĂ NAȚIONALĂ Nicoleta Diaconu.....	333

TRATATUL DE LA LISABONA – ETAPĂ IMPORTANTĂ ÎN DEZVOLTAREA UNIUNII EUROPENE Alexandra Chiriță	340
SUPREMAȚIA CONSTITUȚIEI ÎN CONTEXTUL PRINCIPIULUI PRIORITĂȚII DREPTULUI UNIUNII EUROPENE Marius Andreescu.....	349
EVOLUȚIA PRINCIPIULUI SUBSIDIARITĂȚII PE FONDUL MODIFICĂRILOR LEGISLATIVE DE LA NIVELUL UNIUNII EUROPENE Angelica Cobzaru	359
MODIFICĂRI LEGISLATIVE ESENȚIALE ADOPTATE DUPĂ ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ Augustin Fuerea.....	371
CÂTEVA CONSIDERAȚII REFERITOARE LA TRIMITERILE PRELIMINARE CĂTRE CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE, FORMULATE DE CURȚILE CONSTITUȚIONALE ALE STATELOR MEMBRE Simona-Maya Teodoroiu, Marieta Safta	381
DREPTUL LA UN REMEDIU EFECTIV ȘI LA UN PROCES ECHITABIL ÎN JURISPRUDENȚA ACTUALĂ A CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE Anelis-Vanina Istrătescu	391
INFLUENȚA JURISPRUDENȚEI CURȚII EUROPENE DE JUSTIȚIE ASUPRA DREPTULUI ROMÂNESC Viorel Tatu	400
NOILE MIJLOACE DE LUPTĂ ÎMPOTRIVA FRAUDEI ȘI EVAZIUNII FISCALE ÎN CADRUL UNIUNII EUROPENE ȘI LA NIVEL INTERNAȚIONAL. IMPACTUL ASUPRA DREPTULUI NAȚIONAL Arina Dragodan	409
10 ANI DE LA ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ, 6 LUNI DE LA BREXIT – <i>QUO VADIS?</i> Alexandra Stănciulescu	419
IMPACTUL EVOLUȚIEI REGLEMENTĂRILOR EUROPENE ASUPRA ADOPTĂRII EURO ÎN ROMÂNIA Roxana-Daniela Păun	426

SPRE O EXTINDERE A CATEGORIEI DREPTURILOR OMULUI ÎN SECOLUL XXI: CATEGORIA A V-A A DREPTURILOR OMULUI. CONCEPTUL JURIDIC DE „UMANITATE VIITOARE” Mădălina Virginia Antonescu.....	437
SECURITATEA NAȚIONALĂ – TEMEI AL RESTRÂNGERII EXERCITĂRII UNOR DREPTURI ȘI LIBERTĂȚI FUNDAMENTALE Ina Raluca Tomescu	445
DREPTUL ROMÂNESC FAȚĂ ÎN FAȚĂ CU DREPTUL INTERNAȚIONAL AL INVESTIȚIILOR STRĂINE. MISIUNEA IMPLICĂRII DREPTULUI EUROPEAN Cristina Elena Popa	452
RETRAGEREA VOLUNTARĂ SAU EXCLUDEREA UNUI STAT DIN UNIUNEA EUROPEANĂ. CONSECINȚELE ASUPRA MODELULUI DE ADMINISTRARE A MEDIULUI Cristina M. Kassai	459
MIJLOACE JURIDICE DE PROTECȚIE A DREPTULUI MEDIULUI ÎN ROMÂNIA Georgiana-Florina Ionescu	466
CADRUL JURIDIC EUROPEAN AL PROTECȚIEI MĂRILOR ÎMPOTRIVA POLUĂRII Izabela Mihaela Honciu.....	472
REGIMUL JURIDIC APLICABIL MICULUI TRAFIC DE FRONTIERĂ ÎN LUMINA REGLEMENTĂRIILOR DIN UNIUNEA EUROPEANĂ ȘI ROMÂNIA Laura Magdalena Trocan.....	477
SECȚIUNEA DREPT PENAL – CRIMINOLOGIE	
INSTRUMENTE JURIDICE INTERNAȚIONALE FOLOSITE DE LEGIUITORUL ROMÂN ÎN REDACTAREA ȘI ADOPTAREA NOULUI COD PENAL Ion Ristea.....	488
PARTICIPAREA ROMÂNIEI LA PROCESUL DE ADOPTARE A ACQUIS-ULUI ÎN DOMENIUL JUSTIȚIEI ȘI AFACERILOR INTERNE Delia Magherescu.....	496

PROTECȚIA DATELOR CU CARACTER PERSONAL ȘI RESPECTAREA DREPTULUI LA VIAȚĂ PRIVATĂ, ÎN CONTEXTUL GARANTĂRII DREPTULUI LA INFORMAȚIE ȘI A LIBERTĂȚII DE EXPRIMARE Alina V. Popescu	504
SITUAȚIA JURIDICĂ A MINORULUI INFRACȚOR: MAI DIFICILĂ ÎN NOILE REGLEMENTĂRI PENALE? Lorena Zidaru	512
CONTINUITATE ȘI DISCONTINUITATE ÎN EVOLUȚIA INCRIMINĂRIILOR CONTRA ÎNFĂPTUIRII JUSTIȚIEI (<i>PROPUNERI DE LEGE FERENDA</i>) Maria Oprea	521
PREVIZIBILITATEA ȘI ACCESIBILITATEA NORMELOR DE DREPT PENAL ÎN VIZIUNEA CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI Lorena Gabriela Nițoiu	529
RĂSPUNDEREA PENALĂ ÎN DOMENIUL INFORMATIC Mihnea Alexandru Cerchez	534
10 ANI DE LA ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ. IMPACTUL ASUPRA EVOLUȚIEI LEGISLAȚIEI PENALE ROMÂNE Ion Ifrim	541
CONSIDERAȚII PRIVIND MĂSURA PREVENTIVĂ A ARESTULUI LA DOMICILIU Nicolae Băbeanu	552
JURISPRUDENȚA CEDO PRIVIND NULITĂȚILE ÎN PROCESUL PENAL ROMÂN Mihai Mares	557
UNELE ASPECTE PRIVIND CONFISCAREA EXTINSĂ Ion Flămânzeanu	564
UNELE OBSERVAȚII CU PRIVIRE LA EXCESUL NEIMPUTABIL Oana Roxana Ifrim	570
ARMONIZAREA LEGISLAȚIEI PENALE ROMÂNEȘTI CU DIRECTIVELE UNIUNII EUROPENE Eleni Cristina Marcu	576
DREPT COMPARAT CU PRIVIRE LA EUTANASIE Mihaela Aghenitei, Niculae Gament	583

IMPARȚIALITATEA JUDECĂTORULUI-CERINȚĂ A DREPTULUI LA UN PROCES ECHITABIL DIN PERSPECTIVĂ EUROPEANĂ. SOLUȚII JURISPRUDENȚIALE RECENTE Andrei-Viorel Iugan	594
SOLUȚII COMUNITARE ÎN LUPTA ROMÂNIEI CU EVAZIUNEA FISCALĂ A MULTINAȚIONALELOR Constantin Neacșu	602
INFLUENȚA MODIFICĂRILOR LEGISLATIVE INTERVENITE ÎN MATERIE PROCESUAL-PENALĂ, ÎN ULTIMUL DECENIU, ASUPRA EVOLUȚIEI DREPTULUI PROCESUAL PENAL ÎN ROMÂNIA Anca-Lelia Lorincz.....	611
IMPACTUL LEGISLAȚIEI EUROPENE ASUPRA LEGISLAȚIEI PENALE. COOPERAREA JUDICIARĂ ÎN MATERIE PENALĂ Anca Fica.....	618
POȘIBILE VICII DE CONSTITUȚIONALITATE PRIVIND DREPTUL LA APĂRARE AL ACUZATULUI Dumitru Irinel Samoilă.....	627
COOPERAREA JUDICIARĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN MATERIE PENALĂ ÎN LUMINA JURISPRUDENȚEI RECENTE A CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE Daniela Dediu.....	633
EVOLUȚIA INSTITUȚIEI CAMEREI PRELIMINARE DE LA ADOPTAREA CODULUI DE PROCEDURĂ PENALĂ PÂNĂ ÎN PREZENT. SCURTĂ PREZENTARE Versavia Brutaru.....	643
CONSIDERAȚII PRIVIND REVIZUIREA HOTĂRÂRILOR PENALE ÎN CAZUL HOTĂRÂRILOR CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI Gabriela-Nicoleta Chihaiă	650
EVOLUȚIA JURISPRUDENȚEI EUROPENE POST SCOPPOLA ÎN MATERIA LEX MITIOR. REFLECȚII ASUPRA DREPTULUI PENAL ROMÂN Ionuț Nefliu	659
REFLECȚII CU PRIVIRE LA APLICAREA DREPTULUI COMUNITAR ÎN MATERIA SUPRAVEGHERII TEHNICE. CONSIDERAȚII TEORETICE ȘI PRACTICE Valentin Trif.....	666

CONTROVERSE ÎN JURISPRUDENȚĂ CU PRIVIRE LA REZOLVAREA ACȚIUNII CIVILE ÎN PROCESUL PENAL Denisa Barbu	675
GARANȚII LEGALE PRIVIND BUNA CONDUITĂ A PERSOANEI ACUZATE ÎN CADRUL PROCESULUI PENAL Nadia Cantemir-Stoica	683
REPERE LEGISLATIVE PRIVIND PROBAȚIUNEA ÎN SPAȚIUL UNINII EUROPENE Aura Preda	697
IMPACTUL NORMELOR EUROPENE ASUPRA EVOLUȚIEI DREPTULUI ROMÂNESC ÎN PREVENIREA ȘI COMBATerea TERORISMULUI Cristian Popa, Romeo-Ioan Gârz	706
NECESITATEA ADAPTĂRII CADRULUI JURIDIC NAȚIONAL REFERITOR LA PREVENIREA ȘI COMBATerea TERORISMULUI ȘI AMENINȚĂRILOR CONEXE, ÎN CONTEXT EUROPEAN Viorel Gheorghe	717
AFLAREA ADEVĂRULUI PE BAZĂ DE PROBE LINGVISTICE. REPERE ALE PRACTICII EUROPENE ȘI EVOLUȚIA PREOCUPĂRII ȘCOLII ROMÂNE Neculai Zamfirescu, Ștefania Selegian	730
EVOLUȚIA CRIMINALISTICII ROMÂNEȘTI ÎN PERIOADA POST ADERARE Vasile Stoica	736

**SECȚIUNEA
DREPT PRIVAT I**

SUPRAVIEȚUIREA UNOR CLAUZE ÎN CAZUL ÎNCETĂRII (DESFIINȚĂRII) CONTRACTULUI

*Dr. Smaranda ANGHENI**

Abstract:

The legal text, challenging, for acquiring an analysis as thorough as possible of the survival of some contractual clauses, is art. 1554 p. (2) of the Civil Code applicable to the termination or rescission of contracts, text which provides that "the termination does not produce effects upon the clauses referring to settling disputes or upon those that are intended to produce effects even in the case of termination".

Keywords: *survival, clauses, rescission, dissolution*

Introducere

Problematica supraviețuirii unor clauze prezintă deosebită importanță teoretică și practică mai cu seamă în cazul încetării/desființării contractului prin rezoluțiune sau reziliere.

Textul legal, provocator pentru o analiză cât se poate de aprofundată este art. 1554 alin. (2) C. civ. potrivit căruia, „Rezoluțiunea nu produce efecte asupra clauzelor referitoare la soluționarea diferendelor ori asupra celor care sunt destinate să producă efecte chiar în caz de rezoluțiune”. Această dispoziție legală reprezintă o excepție de la regula instituită în alin. (1) al aceluiași articol (art. 1554) în conformitate cu care, contractul încetat/desființat prin rezoluțiune se consideră că nu a fost niciodată încheiat iar în caz de reziliere contractul încetează doar pentru viitor alin. (3).

Așadar, supraviețuirea unor clauze contractuale în cazul încetării (desființării) contractului prin rezoluțiune este prevăzută în mod expres de legiuitor în art. 1554 alin. (2) C. civ. Cu toate acestea, textul legal nu este suficient de clar în privința clauzelor contractuale care supraviețuiesc încetării (desființării) contractului, singura precizare clară fiind cu privire la clauzele privitoare la soluționarea diferendelor. Sintagma folosită de legiuitor, clauze „destinate să producă efecte chiar în caz de rezoluțiune” este foarte generală, ceea ce înseamnă că, atât în doctrina de specialitate, cât și în practica judiciară putea să genereze loc la interpretări diferite, fie prin extinderea domeniului de aplicare, fie prin restrângerea acestuia considerându-se că, o anumită clauză, nu ar putea să producă efecte în caz de rezoluțiune.

1. Clauze care supraviețuiesc rezoluțiunii sau rezilierii contractului:

Potrivit exprimării legiuitorului în art. 1554 alin. (2) prima teză, rezoluțiunea nu produce efecte asupra clauzelor referitoare la soluționarea diferendelor adică, asupra convențiilor arbitrale (clauza compromisorie sau compromisul) ori clauza intitulată în mod generic „Litigii”.

În cazul clauzei compromisorii, potrivit art. 550 C. pr. civ. părțile contractante convin ca eventualele litigii privind încheierea, executarea sau interpretarea contractului

* Prof. univ. dr., Rector, Universitatea „Titu Maiorescu”, București; e-mail: s_angheni@yahoo.fr

sau **în legătură cu acesta, să fie** soluționate pe calea arbitrajului de către arbitri desemnați de către părți, fie că este arbitraj ad-hoc, fie că este arbitraj instituționalizat cum ar fi, Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României.

Compromisul, potrivit art. 551 C. pr. civ. reprezintă tot înțelegerea părților contractante privind soluționarea litigiului pe calea arbitrajului înțelegere care intervine în momentul apariției acestuia.

Încheierea unei convenții arbitrale exclude competența instanțelor judecătorești (art. 553 C. pr. civ.).

Potrivit dispozițiilor legale, respectiv cele din Codul de procedura civilă (art. 541 și urm.) și Regulile de procedură arbitrală, chiar în cazul în care un contract a fost rezolvit sau reziliat, eventualele litigii dintre părți se vor soluționa de către arbitraj.

În ipoteza în care nu există convenții de arbitraj, evident că, eventualele litigii se soluționează de către instanțele judecătorești, potrivit competențelor legale (materiale și teritoriale).

Supraviețuirea clauzelor privitoare la soluționarea diferendelor dintre părți, chiar în cazul încetării contractului prin rezoluțiune sau reziliere este firească deoarece, prin aceste clauze nu se pune problema executării obligațiilor, ci a răspândirii pentru neexecutarea obligațiilor de către una dintre părți, motiv care a determinat rezoluțiunea sau rezilierea contractului.

Mai mult decât atât, este știut faptul că rezoluțiunea/rezilierea este constatată sau pronunțată de către instanța investită cu o asemenea cerere, instanță care poate fi de arbitraj sau statală (instanțele judecătorești).

2. Alte clauze care supraviețuiesc rezoluției rezoluțiunii contractului

Pe lângă clauzele compromisorii privind soluționarea eventualelor litigii care apar între părțile contractante există și alte clauze care au o anumită independență și care pot supraviețui încetării (desființării) contractului prin rezoluțiune.

În general, problema supraviețuirii unor clauze contractuale în cazul încetării (desființării) contractului prin rezoluțiune prezintă interes în cazul rezoluțiunii totale, căci în cazul rezoluțiunii parțiale evident, că există clauze care își produc efectele în continuare, mai cu seamă că rezoluțiunea parțială este specifică obligațiilor divizibile, potrivit art. 1549 alin. (2) C. civ.

Astfel, pot exista clauze privind răspunderea contractuale de limitare sau de agravare a răspunderii, sau de exonerare de răspundere, ori clauze privind admisibilitatea unor probe¹ sau clauza de mediere².

De asemenea, pot exista clauze care, prin natura lor supraviețuiesc încetării ori desființării contractului cum ar fi: clauza de neconcurență, clauza de confidențialitate, clauza de exclusivitate, specifice contractelor de transfer de tehnologie sau de informații, date, privind un produs sau un serviciu. Totodată, pot fi exemplificate, în acest sens: contractul de franciză, contractul de know-how, contractul de licență privind un brevet de

¹ P. Vasilescu, *Drept Civil, Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 524.

² Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.) *Noul Cod Civil, Comentarii pe articole, Art. 1-2664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 1648-1649.

invenție etc., cât și contracte de reprezentare (exemplu contractul de agent) sau contracte de intermediere (exemplu contractul de curta³).

Aceste clauze supraviețuiesc desființării (încetării) contractului pe o perioadă de timp stabilită de părți de comun acord.

3. Supraviețuirea clauzei penale în cazul rezoluțiunii sau rezilierii contractului

Complexitatea problematicei răspunderii contractuale sub forma clauzei penale a preocupat în mod constant doctrina de specialitate și practica judiciară⁴ însă fără a fi fost aprofundat subiectul privind supraviețuirea clauzei penale în cazul rezoluțiunii sau rezilierii contractului.

Interesul tratării unui asemenea subiect este determinat, pe de o parte, de modul de interpretare a dispozițiilor legale care reglementează materia răspunderii contractuale în general, și a celor care vizează clauza penală în special, iar, pe de altă parte, de formularea unor propuneri *de lege ferenda*. De asemenea, interesul analizării problematicei clauzei penale în cazul rezoluțiunii sau rezilierii contractului este de ordin practic, mai cu seamă în situațiile existenței mai multor clauze penale care sancționează, de fapt, aceeași abatere de la disciplina contractuală, respectiv neexecutarea obligației de către debitor.

Premisa care stă la baza analizei pe care o întreprindem constă în *caracterul accesoriu al clauzei penale și în scopul stabilirii acestuia*. Astfel, prin stipularea clauzei penale *se urmărește executarea obligațiilor contractuale* și, nicidecum, încasarea penalităților. Fundamentul legal al caracterului accesoriu al clauzei penale este art. 1538 alin. (3) C. civ., potrivit căruia „*Debitorul nu se poate libera oferind despăgubirea convenită*”, cât și art. 1539 C. civ., în conformitate cu care „*Creditorul nu poate cere atât executarea în natură a obligației principale, cât și plata penalității, afară de cazul în care penalitatea a fost stipulată pentru neexecutarea obligațiilor la timp sau în locul stabilit*”.

Deși scopul clauzei penale este determinarea debitorului de a-și executa obligațiile, din nefericire, în practică, de foarte multe ori, creditorul prefera încasarea penalităților în locul executării silită a obligațiilor de către debitor. De aceea, creditorul „așteaptă” acumularea penalităților, mai cu seamă a penalităților stipulate pentru întârzierea în executare, situație în care clauza penală devine împovărătoare pentru debitor, ajungând să fie distorsionate funcțiile pe care aceasta le îndeplinește.

Problematika penalităților pentru rezoluțiunea sau rezilierea contractului impune tratarea a două aspecte: primul, în ce măsură clauza penală poate fi cumulată cu rezoluțiunea sau rezilierea contractului, sau care sunt efectele desființării contractului prin rezoluțiune sau reziliere asupra clauzei penale, și al doilea aspect, dacă este posibil cumulul între diferite clauze penale.

³ S. Angheni, *Raporturile juridice dintre profesioniștii-comercianți*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 29.

⁴ Pentru detalii privind clauza penală a se vedea S. Angheni, *Mecanismul funcționării clauzei penale cu specială privire asupra aplicării acesteia în cazul rezoluțiunii contractului*, în *Revista Dreptul* nr. 4/2014, literatura citată și practica judiciară citată acolo.

În legătură cu primul aspect, doctrina de specialitate⁵ a „nuanțat” răspunsul în funcție de obiectul clauzei penale, respectiv al naturii încălcării obligației. Astfel, dacă penalitatea a fost prevăzută pentru întârzierea în executare (neexecutare la termen) sau la locul stabilit de părți, clauza penală nu va supraviețui rezoluțiunii sau rezilierii contractului deoarece contractul s-a desființat și, implicit, nu se mai poate pune problema penalităților de întârziere.

În schimb, dacă penalitățile au fost stabilite pentru neexecutarea obligației sau chiar pentru executarea necorespunzătoare, clauza penală se poate cumula cu rezoluțiunea sau rezilierea contractului deci poate supraviețui urmând a se aplica și după momentul constatării sau pronunțării de către instanța de judecată a rezoluțiunii sau rezilierii contractului.

În opinia unor autori⁶, supraviețuirea clauzei penale nu reprezintă decât o garanție suplimentară pentru creditor.

Cu toate acestea⁷, în doctrină există și opinia potrivit căreia, penalitățile pentru neexecutare nu pot fi cumulate cu rezoluțiunea sau rezilierea contractului deoarece creditorul ar beneficia de o dublă reparație a prejudiciului, odată, pentru neexecutarea obligației (penalități de întârziere) și a doua oară, pentru rezoluțiunea sau rezilierea contractului.

În legătură cu cel de-al doilea aspect, posibilitatea cumulului dintre diferite clauze în care sunt prevăzute penalități, în principal, clauza penală în care sunt stipulate *penalități pentru neexecutare* și *clauza de rezoluțiune sau reziliere a contractului* (pact comisoriu) există argumente atât *pro* și *contra* admisibilității unui asemenea cumul.

Argumentele în favoarea unui cumul între cele două clauze contractuale în care sunt prevăzute penalități sunt atât de ordin legal, cât și de interpretare unor texte din Codul civil și din legislația specială.

În acest sens este art. 1538 alin. (5) C. civ., potrivit căruia: „*Dispozițiile privitoare la clauza penală sunt aplicabile convenției prin care creditorul este îndreptățit ca, în cazul rezoluțiunii sau rezilierii contractului din culpa debitorului să păstreze plata parțială făcută de acesta din urmă. Sunt exceptate dispozițiile privitoare la arvună*”.

Totodată, în practică s-a decis în sensul admiterii cumulului clauzei penale cu rezoluțiunea contractului în cazul în care părțile contractante au prevăzut un pact comisoriu⁸.

Considerăm că, aplicarea clauzei penale ulterior momentului rezoluțiunii sau rezilierii contractului este o problemă care trebuie delimitată de cea privitoare la cumulul clauzei cu rezoluțiunea sau rezilierea contractului.

Supraviețuirea clauzei penale și cumulul acesteia cu rezoluțiunea sau rezilierea contractului sunt două aspecte distincte, chiar dacă, în aparență sunt identice.

În cazul *supraviețuirii* clauzei penale înseamnă că aceasta urmează să se aplice *ulterior momentului rezoluțiunii sau rezilierii contractului* (aspect care nu a fost tratat în

⁵ I.L. Toma, *Rezoluțiunea unilaterală*, teza de doctorat susținută la Universitatea din București, Facultatea de Drept, în anul 2013, p. 232 și urm..

⁶ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *apud* I.L. Toma, *op. cit.*, p. 233.

⁷ I.M. Serinet, *apud* I.L. Toma, *op. cit.*, p. 234.

⁸ A se vedea, S. civ., dec. nr. 27/2007, în V.A. Vlasov, *Arbitrajul comercial. Jurisprudență arbitrară 2007-2009. Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 233.

doctrina de specialitate). Punctual, este cazul aplicării *penalităților de întârziere* pentru neexecutarea la termen a obligațiilor bănești, chiar și după desființarea contractului prin rezoluțiune sau reziliere. Practic, contractul a încetat, dar penalitățile se calculează în continuare până la plata efectivă a debitului restant, interpretare care se desprinde din conținutul art. 1535 alin. (1) C. civ., text potrivit căruia, *daunele moratorii* în cazul obligațiilor bănești se socotesc „*de la scadență până în momentul plății, în cuantumul convenit de părți sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege...*”. Or, în cazul clauzei penale daunele moratorii sunt stabilite (convenite) de către părți.

În schimb, în cazul *cumulului clauzei penale* cu rezoluțiunea sau rezilierea contractului, în discuție este *clauza penală compensatorie* (reparatorie), problema de drept fiind *despăgubirile* care, în ambele situații (clauză penală și rezoluțiune) sunt compensatorii, reparatorii.

Problema de drept care prezintă deosebit interes teoretic și practic este cea privitoare la mecanismul aplicării penalităților de întârziere pentru obligații care au ca obiect sume de bani în cazul când contractul a încetat prin rezoluțiune sau, după caz, prin reziliere.

Așa cum am mai precizat, considerăm că supraviețuirea clauzei penale rezoluțiunii sau rezilierii contractului în condițiile cadrului normativ actual [art. 1535 alin. (1) C. civ.] există numai în cazul penalităților de întârziere pentru *obligații care au ca obiect sume de bani*.

De *lege lata*, potrivit art. 1535 alin. (1) C. civ., în cazul în care debitorul întârzie cu privire la plata sumelor de bani datorate creditorului penalitățile sunt datorate până la data executării obligației „*de la scadență până la momentul plății*”.

Dar, de cele mai multe ori data plății se situează după încetarea contractului prin rezoluțiune sau reziliere, de aceea se impune ca, de *lege ferenda* să nu se mai prevadă posibilitatea încasării penalităților de întârziere pentru neexecutarea la scadență a obligațiilor, după momentul încetării (desființării) contractului.

În cazul în care contractul a încetat prin rezoluțiune sau reziliere nu se mai poate „vorbi” despre penalități pentru *întârziere* în executare, pentru că ne aflăm, de fapt, în fața unei neexecutări a obligației, neexecutare care a determinat rezoluțiunea sau rezilierea contractului.

Rezoluțiunea sau rezilierea contractului sancționează tocmai faptul neexecutării obligației principale asumată de debitor în contract așa încât, nu se mai poate aplica penalitatea de întârziere pentru a-l constrânge pe debitor să-și îndeplinească obligația, pentru că tocmai din această cauză contractul a fost rezolvit sau reziliat.

În concluzie, problematica supraviețuirii unor clauze după momentul încetării sau desființării contractului prezintă deosebit interes teoretic, dar, mai cu seamă practic reprezentând chiar o provocare pentru teoreticienii și practicienii dreptului privat.

Totodată, trebuie să precizăm faptul că în situația încetării sau a desființării unui contract supraviețuiesc numai acele clauze care nu reprezintă esența, substanța raportului juridic obligațional și, nicidecum, obligațiile a căror neexecutare a determinat tocmai desființarea sau încetarea contractului.

UNELE ASPECTE REFERITOARE LA REGLEMENTĂRILE ART. 1141-1142 DIN CODUL CIVIL CU PRIVIRE LA EXERCITAREA DREPTULUI DE PROPRIETATE COMUNĂ PE COTE-PĂRȚI FORȚATĂ ASUPRA AMINTIRILOR DE FAMILIE

Cristian JORA*
Elena MAKKAJ**

Abstract:

One of the forms of the forced joint ownership on shares is represented by family memories, the legal regulation consisting in Art. 1141-1142 of the Civil Code.

Among the problems that rise on the legal status of these goods, a particular interest consists in the inclusion in this category of goods with a special economic value, and also the possibility to claim these memories from the one who unjustly holds them.

Keywords: *forced joint property shares, family memories, claim*

1. În majoritatea situațiilor dreptul de proprietate se prezintă ca un drept pur și simplu, care aparține în exclusivitate unui singur titular. Dreptul de proprietate este pur și simplu în situația în care are ca titular o singură persoană și a fost dobândit de către proprietarul actual în mod sigur, ireversibil, fără ca existența dreptului în patrimoniul dobânditorului să depindă fie de un eveniment, fie de o împrejurare viitoare, de natură să-l desființeze pe cale de rezoluțiune, revocare sau anulare.

Mai reținem că, în unele situații, dreptul de proprietate are o anume complexitate care rezultă din faptul că acesta nu mai este pur și simplu, ci afectat de modalități, și anume, este un drept asupra unuia sau mai multor bunuri ori aparține simultan și concomitent mai multor titulari sau existența viitoare a dreptului în patrimoniul titularului este legată de un eveniment sau de o împrejurare prevăzută de lege sau care este stabilită prin voința omului¹.

* Prof. univ. dr., Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” București, Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice Acad. Andrei Rădulescu al Academiei Române; e-mail: jora.cristian@gmail.com.

** Drd., Consilier juridic, Secretariatul General al Guvernului; e-mail: novaclima@yahoo.com

¹ I.P. Filipescu, *Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Ed. Actami, București, 1998, p. 147; I. P. Filipescu, A. I. Filipescu, *Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, Ed. Actami, București, 2000, p. 206; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*, Universitatea București, 1988, p. 174; C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 197-249; L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 127; P.M. Cosmovici, *Drept civil. Drepturi reale. Obligații. Legislație*, Ed. ALL, București, 1996, p. 45; V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 271; I. Ciochină-Barbu, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Junimea, Iași, 2009, pp. 244 și urm.; Pentru modalitățile juridice ale dreptului de proprietate privată, a se vedea, L. Uță în Colectiv, M. Uliescu, coordonator, *Noul Cod civil. Studii și comentarii. Vol. II Cartea a III-a și Cartea a IV-a (art. 535-1163)*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pp. 174-239; C. Jora, I. Ciochină-Barbu, C.C. Corbu, *Drept civil. Drepturile reale*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, pp. 156-208.

Caracterul exclusiv al dreptului de proprietate constă în aceea că el conferă titularului posibilitatea exercitării concomitente a celor trei atribute, *usus*, *fructus* și *abusus*. Astfel fiind, proprietarul exercită singur toate cele trei atribute, cu excluderea tuturor celorlalte persoane și fără a-i fi necesar concursul activ al acestora.

Dreptul de proprietate este un drept complet, în sensul că oferă titularului său plenitudinea celor trei atribute. Acest caracter vizează, deci, două aspecte, pe de o parte „monopolul” titularului dreptului de proprietate privată asupra bunului și, pe de altă parte, excluderea terților de la exercitarea prerogativelor proprietății². De aici rezultă că mai multe persoane nu pot exercita, în același timp, un drept pur și simplu asupra aceluiași bun.

Totuși, este însă posibil ca lucrul să aparțină în comun mai multor proprietari deodată (în ipoteza coproprietății) sau mai multor persoane succesiv, repetitiv, pe perioade determinate (în ipoteza proprietății periodice).

Modalitățile dreptului de proprietate sunt proprietatea rezolubilă, proprietatea anulabilă și proprietatea comună (care poate fi proprietate comună pe cote-părți și proprietate comună în devălmășie)³.

2. În cazul proprietății comune, prerogativele dreptului de proprietate aparțin împreună și concomitent mai multor titulari. Rezultă că suntem în prezența proprietății comune pe cote-părți atunci când dreptul de proprietate are mai mulți titulari și fiecare dintre aceștia își cunoaște cota-parte din dreptul asupra bunului aflat în proprietate comună, cotă-parte ideală determinată prin fracțiuni matematice sau prin procente. Atunci când nu este determinată cota-parte din dreptul asupra bunului respectiv ce revine fiecăruia dintre titulari, ne aflăm în prezența unei proprietăți comune devălmășe, denumite și devălmășie.

Așadar, proprietatea comună, ca modalitate a dreptului de proprietate, se caracterizează prin aceea că un bun aparține simultan și concomitent mai multor proprietari, fără ca bunul să fie fracționat în materialitatea sa și, în acest caz, fracționat este numai dreptul de proprietate cu privire la bunul respectiv.

Dreptul fiecărui coproprietar poartă asupra fiecărei particule din bunul respectiv, venind în concurs cu drepturile celorlalți coproprietari. În raport de dispozițiile art. 634 alin. (1) C. civ., fiecare coproprietar este titularul exclusiv al unei cote-părți ideale și abstracte din dreptul de proprietate și poate dispune în mod liber de aceasta, în lipsa unei stipulații contrare.

În cazul încetării coproprietății se individualizează partea materială din bun care corespunde cotei-părți pe care o are fiecare dintre coproprietari și în acest mod proprietatea comună se transformă în proprietate exclusivă.

Formele proprietății comune, astfel cum prevede art. 632 C. civ., sunt proprietatea pe cote-părți (coproprietatea), care poate fi obișnuită (denumită și temporară) sau forțată și proprietatea în devălmășie.

Legea mai instituie și o prezumție relativă, *iuris tantum*, la art. 633 C. civ., anume, dacă bunul este stăpânit în comun, coproprietatea se prezumă, până la proba contrară.

² V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. I, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 243.

³ Pentru modalitățile dreptului de proprietate, a se vedea L. Uță, *Modalitățile dreptului de proprietate*, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

3. Proprietatea comună pe cote-părți implică existența a doi sau mai mulți titulari ai dreptului care poartă asupra aceluiași bun, iar dreptul de proprietate al fiecăruia este determinat în mod abstract sub forma unei fracții matematice, procentuale, bunul rămânând nedivizat în materialitatea sa.

Dreptul fiecărui coproprietar se întâlnește cu drepturile celorlalți coproprietari în fiecare particulă din bunul respectiv, de unde rezultă că niciun proprietar nu este titular exclusiv asupra unei fracțiuni materiale din bun și bunul nu este divizat în raport de drepturile fiecăruia. Fiecare coproprietar este titularul exclusiv doar asupra unei cote-părți ideale și abstracte din dreptul de proprietate, dreptul fiind fracționat, și nu bunul⁴.

Dreptul de proprietate comună pe cote-părți se poate înfățișa sub două forme, fie ca drept de proprietate comună pe cote-părți obișnuită, fie ca drept de proprietate comună pe cote-părți forțată. Deosebirea esențială dintre cele două forme sub care se prezintă dreptul de proprietate comună pe cote-părți rezultă din aceea că proprietatea comună obișnuită sau temporară poate să înceteze pe calea partajului, în timp ce proprietatea comună pe cote-părți forțată nu poate să înceteze prin împărțea⁵. Totuși, în condițiile reglementării actuale, potrivit art. 632 alin. (3) C. civ., coproprietatea forțată nu poate înceta prin partaj judiciar, rezultând, din prevedere legală menționată, că numai încetarea acesteia prin partaj judiciar este oprită de lege, coproprietatea forțată putând înceta – așadar – prin partaj voluntar.

4. Coproprietatea forțată se menține independent de voința coproprietarilor și este determinată de destinația deosebită a bunului respectiv și aceasta are ca obiect un bun sau mai multe bunuri, care datorită naturii lor pot și sunt folosite în mod permanent de doi sau mai mulți proprietari, bunuri care – ca regulă generală – nu pot să fie împărțite, existând, totuși, unele excepții prevăzute de Codul civil.

În concepția clasică, această formă a proprietății comune a fost caracterizată prin aceea că bunurile asupra cărora se exercita erau accesorii față de alte bunuri considerate principale, proprietate exclusivă a fiecărui coproprietar⁶.

Coproprietatea avea caracter forțat și caracter accesoriu în raport de dreptul de proprietate exclusivă⁷. Această coproprietate a mai fost denumită și forțată, pentru că

⁴ C. Bîrsan, M. Gaiță, M. M. Pivniceru, *Drepturile reale*, Institutul European, Iași, 1997, p. 94.

⁵ V. Stoica, *Coproprietatea obișnuită în lumina dispozițiilor legale actuale și a celor din proiectul Codului civil. Noțiune, principii și exercitare*, în *Dreptul* nr. 4/2005, pp. 34 și 35; la vremea respectivă, autorul citat a exprimat opinia potrivit căreia *caracterul temporar* nu este definitoriu numai pentru proprietatea comună pe cote-părți obișnuită, ci și pentru proprietatea comună pe cote-părți forțată, întrucât și aceasta din urmă poate înceta, chiar dacă în alte moduri decât prin partaj.

⁶ E. Chelaru, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 120. I. P. Filipescu, A. I. Filipescu, *op. cit.*, p. 223. I. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 163. D. Lupulescu, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 76.

⁷ Coproprietatea forțată și perpetuă are un caracter accesoriu; bunul accesoriu reprezintă cotele indivize destinate pentru utilizarea normală a bunului principal (C. Ap. Alba Iulia, dec. civ. nr. 1560 din 4 septembrie 2001, în M. Alexandrescu, C. Jora, St. Albert, L. Uță, M. Zarafiu, D. Canangiu, D. Manole, D. Pop, *Culegere de practică judiciară pe anii 1999-2002*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, pp. 51 și 52).

Astfel, curtea unui imobil și terenul aflat sub clădirea de locuit sunt spații aflate în folosința comună a proprietarilor apartamentelor din clădirile cu mai multe locuințe, spații care constituie proprietate comună a acestor coproprietari și care sunt destinate exclusiv bunei și normalei folosințe a locuințelor respective. Prin

exista și se menținea independent de voința coproprietarilor și a fost considerată perpetuă datorită scopului sau destinației permanente căreia îi erau afectate bunurile asupra cărora poartă. În reglementarea actuală legiuitorul nu o denumeste *perpetuă*, mai mult, permițând – în anumite situații – și posibilitatea ca anumite bunuri proprietate comună pe cote-părți forțată, să fie partajate.

În situația în care dreptul de proprietate comună pe cote părți forțată are și caracter accesoriu, cota-parte din drept se poate înstrăina numai odată cu înstrăinarea bunului principal față de care aceasta are caracter accesoriu⁸. Conform principiului *accessorium sequitur principale*, situația juridică a dreptului de proprietate comună pe cote-părți forțată o urmează pe aceea a dreptului de proprietate purtând asupra bunului principal⁹. Însă, astfel cum precizam, nu în toate situațiile proprietatea comună pe cote părți forțată are și caracter accesoriu.

Astfel fiind, coproprietarii nu pot solicita partajarea bunului comun, accesoriu necesar al bunului principal, bun care constituie obiectul dreptului de proprietate exclusivă al fiecăruia dintre coproprietari, cu excepțiile prevăzute de lege. Însă, cu toate acestea, practica judiciară a admis partajul folosinței unor bunuri proprietate comună pe cote-părți forțată și perpetuă, cum ar fi, spre exemplu, curtea unui imobil sau podul acestuia.

5. În cazul proprietății comune pe cote-părți forțate și perpetue, coproprietarii au drepturi mai largi decât coproprietarii în cazul proprietății comune obișnuite sau temporare¹⁰. Regimul juridic general al coproprietății forțate este reglementat la art. 647 C. civ.

Art. 646 C. civ. enumeră cazurile de coproprietate forțată, anume, bunurile prevăzute la art. 649, 687 și 1.141 C. civ., bunurile comune necesare sau utile pentru folosirea a două imobile vecine, situate pe linia de hotar între acestea, cum ar fi potecile,

urmare, aceste elemente constituie o proprietate comună care este indivizibilă, ceea ce în doctrina și practica dreptului civil a fost desemnată „coproprietate forțată”, deci o proprietate comună care nu se poate partaja. Acest drept este în mod necesar legat de soarta dreptului de proprietate asupra locuințelor ce compun acea clădire, motiv pentru care nu se poate concepe o individualizare pe calea partajului a dreptului exclusiv de proprietate asupra unor parcele din compunerea terenului aferent clădirii. (Jud. Sect. 5, sentința civilă nr. 2820 din 4 aprilie 2001, în Pandectele Române nr. 3/2001, pp. 147 și 148).

Într-o altă cauză s-a reținut că este forțată și perpetuă coproprietatea, când are ca obiect bunuri care, prin natura ori prin destinația lor pot fi folosite de mai mulți coproprietari. De fapt, este perpetuă destinația acestor bunuri, care sunt accesorii pe lângă alte bunuri socotite ca principale și care sunt în proprietate exclusivă.

Unul dintre cazurile de proprietate comună pe cote-părți forțată și perpetuă este cel privind părțile și dotările comune din clădirile cu mai multe apartamente de locuit aflate în proprietate exclusivă sau în proprietate comună pe cote-părți obișnuită și temporară (C. Ap. Iași, S. civ., dec. nr. 1369 din 20 noiembrie 1998, citată de C. Jora, L. Uță, *Drept civil. Curs de drepturi reale*, Ed. Lumina Lex, București, 2009, p. 196).

⁸ C. Bîrsan, M. Gaiță, M. M. Pivniceru, *op. cit.*, p. 107. C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 186.

⁹ L. Pop, L.-M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 204.

¹⁰ Astfel, fiecare coproprietar are dreptul de a folosi lucrul comun ca un adevărat proprietar, dar folosința nu trebuie să aducă atingere drepturilor egale și reciproce ale celorlalți coproprietari și trebuie să se înfăptuiască numai în scopul utilizării fondului căruia i-a fost afectată. De aceea, modificările făcute la terasa blocului de un coproprietar fără consimțământul celorlalți, prin amplasarea unui zid care împiedică accesul la terasă, constituie un abuz și s-a dispus de către instanță desființarea acestuia. (C. Ap. Craiova, S. civ., dec. nr. 5216/1998, citată de C. Jora, L. Uță, *op. cit.*, p. 196).

fântânile, drumurile și izvoarele, bunurile comune afectate utilizării a două sau mai multe fonduri, cum ar fi o centrală termică sau alte instalații care deservește două sau mai multe clădiri, un drum comun într-un cartier de locuințe sau alte asemenea bunuri și orice alt bun comun prevăzut de lege.

Fiecare coproprietar poate folosi bunul comun ca un adevărat proprietar¹¹, existând însă anumite limite, anume, în primul rând, să nu aducă atingere drepturilor simultane și concurente de aceeași natură, egale, reciproce ale celorlalți coproprietari¹² și, în al doilea rând, folosința trebuie să se înfăptuiască numai în sensul utilizării fondului căruia i-a fost afectat bunul comun accesoriu¹³. Un coproprietar nu are dreptul de dispoziție decât cu privire la cota-parte abstractă și nu poate transforma modul de folosință al bunului comun sau nu poate efectua acte de administrare nici chiar în folosul coproprietarilor, decât cu acordul tuturor acestora.

Tot astfel, un coproprietar nu poate încheia acte de dispoziție prin care să înstrăineze bunul comun; în cazul în care coproprietatea forțată are și caracter accesoriu, înstrăinarea bunului proprietate exclusivă conduce, automat, la transmiterea către dobânditor a dreptului de proprietate comună pe cote-părți forțată, ca drept accesoriu.

Deci, fiecare coproprietar poate să înstrăineze bunul principal, fără consimțământul celorlalți coproprietari și, pe cale de consecință, și dreptul de proprietate comună pe cote-părți asupra bunului accesoriu.

Coproprietarii au obligația să suporte cheltuielile de întreținere, folosință, reparații, conservare a bunului comun¹⁴ proporțional cu cota-parte din drept care revine fiecărui

¹¹ E. Safta-Romano, *Dreptul de proprietate publică și privată în România*, Ed. Graphix, Iași, 1993, p. 126.

Contrar susținerilor reclamanților, prin desființarea instalației de gaz de la spălătoria comună, nu s-a adus atingere însuși dreptului de coproprietate al acestora, măsura constituind doar o modalitate de folosire a proprietății comune, reglementată de adunarea generală în virtutea dreptului său legal, modalitate circumscrisă dreptului de administrare. Împrejurarea, reală de altfel, că, la momentul desființării instalației, pârâții au depășit limitele mandatului, a fost corect valorificată de instanțe, în sensul că hotărârea ulterioară a adunării generale a validat măsura luată de pârâți, dispozițiile art. 1546 C. civ. (de la 1864) fiind corect aplicate. (ÎCCJ, S. civ. și de prop. intel., dec. nr. 3566 din 5 mai 2005; decizia poate fi consultată pe site-ul Instanței Supreme, www.scj.ro).

Trebuie reținut că părțile se află într-o coproprietate forțată, situație în care se suprapun dreptul de proprietate exclusivă asupra garajului cu dreptul de coproprietate asupra terenului. În această situație, dreptul de proprietate exclusivă asupra garajului conferă pârâților recurenți drepturi mai largi decât în situația în care părțile s-ar fi aflat în coproprietate și asupra garajului, în sensul că nu este necesar acordul tuturor coproprietarilor atunci când se efectuează acte de administrare asupra bunului aflat în proprietate exclusivă, în speță asupra garajului.

Edificarea garajului pe locul vechii magazii preexistente reprezintă un act de administrare, și nu de dispoziție, întrucât bunul nu se înstrăinează ori grevează, ci se pune în valoare. (C. Ap. Brașov, S. civ., dec. nr. 507/R din 6 aprilie 2001, citată de C. Jora, L. Uță, *op. cit.*, p. 197).

¹² Trotuarul existent lângă fundația blocului constituie coproprietate comună forțată a locatarilor blocului, iar interzicerea folosirii acestuia numai de către pârâții chemați în judecată este nejustificată, chiar în condițiile în care prin raportul de expertiză s-a constatat că circulația pe trotuarul blocului nu este normală din punctul de vedere al uzurii și al incomodării locatarilor de la parter. Folosirea trotuarului, ca obiect al coproprietății forțate, trebuie ori interzisă ori permisă tuturor coproprietarilor, și nu numai unora dintre aceștia. (C. Ap. Bacău, S. civ., dec. nr. 1766/1998, citată de C. Jora, L. Uță, *op. cit.*, p. 197).

¹³ L. Pop, *op. cit.*, p. 146.

¹⁴ I. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 164. I. P. Filipescu, A. I. Filipescu, *op. cit.*, p. 224. D. Lupulescu, *op. cit.*, p. 84.

coproprietar, iar atunci când bunul are caracter accesoriu, dacă nu există o convenție contrară, cota-parte din drept a fiecărui coproprietar se stabilește în funcție de întinderea bunului principal [art. 647 alin. (3) ultima teză C. civ.].

Întinderea acestei obligații este în raport cu partea fiecăruia sau cu valoarea, cu întinderea bunului principal pentru a cărui utilitate este destinat, ca accesoriu, bunul asupra căruia se constituie dreptul de proprietate comună pe cote-părți forțată¹⁵.

6. Legea instituie un drept de coproprietate forțată și asupra amintirilor de familie, fiind incidente dispozițiile art. 1.141-1.142 C. civ.

Asemenea bunuri, precum cele care „... au aparținut membrilor familiei și stau mărturie istoriei acesteia”, nu erau reglementate *in terminis* de legislația anterioară, fiind, însă, recunoscute ca obiect al dreptului de coproprietate forțată de o parte a doctrinei¹⁶ și, în viziunea legiuitorului creator al actualului Cod civil, este vorba despre *corespondența purtată de membrii familiei, arhivele familiale, decorațiile, armele de colecție, portretele de familie, documentele și orice bunuri cu semnificație morală deosebită pentru o familie*. Se poate observa că enumerarea nu este limitativă, ci numai exemplificativă.

Astfel cum prevede legea, este vorba, în principiu, despre bunuri cu o valoare sentimentală, și nu bunuri cu o valoare materială. Nu excludem, însă, posibilitatea ca asemenea bunuri, în unele cazuri, să aibă și o valoare materială deosebită. Bunăoară, pot fi scrisori cu o valoare deosebită, cunoscut fiind genul literar epistolar (Voltaire, Flaubert, I. Odobescu, D. Zamfirescu, N. Bălcescu). Interesul coproprietarilor este deosebit în cazul în care asemenea bunuri au și o valoare de circulație deosebită (cum ar fi, spre exemplu, portrete de familie realizate de autori celebri, colecții valoroase de documente, arme sau decorații și medalii de colecție, eventual și confecționate din metale prețioase). În asemenea situații ne punem întrebarea dacă aceste bunuri își mai păstrează natura juridică de amintiri de familie și mai sunt supuse dispozițiilor art. 646 alin. (1) pct. 1 și art. 1.141-1.142 C. civ. sau devin bunuri coproprietate obișnuită, fiind supuse regimului juridic al acesteia. În opinia noastră, în asemenea situație, s-ar pune problema analizei de ansamblu a activului patrimonial transmis pe cale succesorală. Astfel, apreciem că, în cazul în care succesiunea are un activ foarte bogat și printre valorile cuprinse în acesta se află și bunuri care au calitatea de amintiri de familie, atunci nimic nu s-ar opune ca asemenea bunuri să fie supuse regimului juridic stabilit la art. 1141-1142 C. civ. Dacă, însă, activul patrimonial este modest și bunurile considerate amintiri de familie sunt cele mai importante dintre valorile care se găsesc în cuprinsul activului patrimonial, atunci – credem noi – calitatea ce asemenea bunuri o au, aceea că „... stau mărturie istoriei ...” familiei, nu mai este prioritară, ci bunurile respective ar trebui să fie considerate valori

¹⁵ Hotărârea a cărei pronunțare a fost solicitată de reclamanți este menită să suplinească consimțământul proprietarilor unei instalații de utilizare a gazelor naturale destinate să servească la alimentarea cu gaze a centralelor proprii de apartament – pe considerentul că refuzul acestora de a permite racordarea centralelor termice ale reclamanților la instalația comună este manifestarea unui abuz de drept.

Abuzul de drept, care, în cauză, poate fi pus în discuție doar sub aspectul modului de exercitare a dreptului de coproprietate de către părți, nu poate fi reținut, întrucât părții nu au încălcat vreo normă de conduită, fiind de acord cu faptul racordării în condițiile în care, în prealabil, li se plătește cota-parte din cheltuielile aferente instalației de utilizare a gazelor naturale. (C. Ap. Bacău, S. civ., dec. nr. 1033 din 23 iunie 2004, citată de C. Jora, L. Uță, *op. cit.*, pp. 197-198).

¹⁶ I. P. Filipescu, A. I. Filipescu, *op. cit.*, p. 224. I. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 164.

cuprinse în activul patrimonial și nu vor mai avea calitatea de bunuri proprietate comună pe cote-părți forțată, ci vor avea regimul proprietății comune obișnuite sau temporare, mai exact, se vor afla în indiviziune succesorală. Credem că numai abordând calificarea juridică a acestei categorii de bunuri în modul în care am făcut-o ne situăm nu numai în litera legii, ci, mai cu seamă, în spiritul acesteia.

În cazul amintirilor de familie, deși ne aflăm în prezența unei coproprietăți forțate, moștenitorii pot ieși din indiviziune numai prin partaj voluntar, iar în lipsa acestuia coproprietatea forțată se va menține cu caracter perpetuu. Deci, în acest din urmă caz se va păstra caracterul perpetuu al dreptului de proprietate comună pe cote părți forțată.

Conform prevederilor art. 1142 alin. (3) C. civ., fie urmare a acordului de voință al moștenitorilor, fie prin hotărâre judecătorească, atunci când aceștia nu se învoiesc, amintirile de familie sunt lăsate în depozit, fie la unul dintre moștenitori, fie la mai mulți dintre aceștia, fie în locul convenit de aceștia.

Ultimul alineat al art. 1142 C. civ. poate da naștere unor discuții. Astfel, moștenitorul depozitar poate formula singur acțiunea în revendicare cu privire la bunurile ce constituie amintiri de familie, însă asemenea bunuri nu pot fi înstrăinate, împrumutate sau închiriate decât cu acordul tuturor coproprietarilor, aici funcționând regula unanimității.

Din analiza textului legal menționat „Moștenitorul desemnat ca depozitar poate revendica bunurile...” înțelegem că deși sunt mai mulți coproprietari care exercită un drept de proprietate comună pe cote-părți forțată (mai precis, mai mulți coindivizari), *numai* acela dintre ei care a fost desemnat (fie prin acordul moștenitorilor, fie prin hotărâre judecătorească) ca depozitar, poate introduce acțiunea în revendicare cu privire la amintirile de familie. Analizând această dispoziție legală, trebuie să corelăm reglementările amintite cu acelea ale art. 643 alin. (1) C. civ., text conform căruia „Fiecare coproprietar poate sta singur în justiție, în orice acțiune privitoare la coproprietate, inclusiv în cazul acțiunii în revendicare”.

Vom observa că prevederile art. 643 C. civ. sunt aferente *Secțiunii A 2-A Coproprietatea obișnuită* din cadrul Capitolului IV al TITLULUI II PROPRIETATEA PRIVATĂ din CARTEA A III-A DESPRE BUNURI a Codului civil, iar reglementările art. 1142 C. civ. sunt prevăzute în CARTEA A IV-A DESPRE MOȘTENIRE ȘI LIBERALITĂȚI. Aceste din urmă prevederi legale trebuie corelate cu dispozițiile art. 646 pct. (1), unde se arată că sunt bunuri coproprietate forțată – printre altele – și acelea reglementate la art. 1141 C. civ. Ar rezulta că la art. 1142 alin. (3) C. civ. este reglementată o excepție de la regula instituită la art. 643 alin. (1) din același Cod, care a pus capăt definitiv unei probleme controversate. Dacă am califica textul de la art. 1142 alin. (3) C. civ., ca fiind o excepție de la prevederile art. 643 alin. (1) din același Cod, am ajunge la unele soluții practice inacceptabile.

Astfel, ne este greu să admitem că, în cazul în care este necesară introducerea unei acțiuni în revendicare cu privire la bunuri proprietate comună pe cote-părți forțată, care reprezintă amintiri de familie, aceasta nu poate fi formulată decât *numai* de către coproprietarul depozitar al acestora. Aceasta, cu atât mai mult, cu cât, la alin. (3) al art. 1142 C. civ. se prevede că asemenea bunuri pot fi depozitate în interesul familiei fie la unul, fie la mai mulți dintre comoștenitori, fie, chiar, în locul convenit de aceștia (aici, eventual, la o terță persoană, care va avea calitatea de depozitar, astfel cum este voința

coproprietarilor sau cum dispune instanța, prin hotărâre judecătorească, atunci când coindivizarii nu se înțeleg). Oare, în cazul în care asemenea bunuri sunt depozitate la mai mulți dintre coproprietari, acțiunea în revendicare nu poate fi introdusă decât de către fiecare dintre coproprietari pentru bunurile pe care fiecare le-a primit în depozit? Și dacă numai unii dintre moștenitori sunt depozitarii unora dintre aceste bunuri, iar alții nu, aceștia din urmă nu ar putea formula acțiunea în revendicare pentru bunurile considerate amintiri de familie? Ne punem întrebarea ce se întâmplă în cazul în care asemenea bunuri amintiri de familie sunt depozitate în altă parte, la un terț, și nu la vreunul dintre moștenitori, pentru că acestea pot fi depozitate și „... în locul convenit de ei” (adică de către coproprietari). În această din urmă situație, cine este în măsură să introducă o acțiune în revendicare? Credem că răspunsul nu poate fi decât acela că oricare dintre coproprietari este în măsură să introducă acțiunea în revendicare. Dar, trebuie să semnalăm formularea criticabilă a legiuitorului, care poate ridica, în practică, unele dintre problemele pe care le-am semnalat.

În opinia noastră, bunurile amintiri de familie pot fi revendicate de către oricare dintre coindivizari, și nu numai de către moștenitorul sau moștenitorii desemnat (desemnați) ca depozitari. Un alt punct de vedere ar contraveni dispozițiilor atât art. 641 alin. (1) C. civ., cât și practicii CEDO și ar conduce la situații de neacceptat în practică.

ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ – FACTOR DE DINAMIZARE A PROCESULUI DE ÎNNOIRE LEGISLATIVĂ, CU PRIVIRE SPECIALĂ ASUPRA DREPTULUI PRIVAT ROMÂN

*Bogdan PĂTRAȘCU**
*Iliara GENOIU***

Abstract:

The authors make some general reflections, regarding the structure and the content of the Civil Code, an important normative act, adopted in the legislative renewal process, stimulated, among others, by the Romanian joined in the European Union. In addition, the communication analyzed aspects of the legal regime of law institutions, such as the capacity of use of an individual and medically assisted human reproduction with third party donor.

Keywords: *monistic theory, branch of law, constant law, filiation, medically assisted human reproduction with third party donor, inheritance*

1. Considerații introductive

Este neîndoiește faptul că aderarea României la Uniunea Europeană a avut și are în continuare un impact semnificativ asupra dreptului intern, din numeroase puncte de vedere. Preocupările noastre de aici sunt limitate, în această ordine de idei, la un singur aspect: acela de înnoire legislativă. Este evident că una dintre explicațiile acestui proces rezidă în faptul aderării la Uniunea Europeană; desigur, pe lângă aceea fundamentală, întemeiată pe mutațiile profunde de ordin social și economic, intervenite începând cu ultimul deceniu al secolului trecut.

O altă circumstanțiere a demersului nostru constă în faptul că vom avea în vedere numai domeniile dreptului privat, cu aplecare specială asupra unora dintre materiile și instituțiile sale, iar actul normativ vizat este Codul civil în vigoare¹, cu atât mai mult cu cât acesta, spre deosebire de Codul civil de la 1864², a împărtășit viziunea monistă ce-și propune să dea o reglementare unică și unitară pentru toate raporturile de drept privat.

Câteva aspecte de ordin general nu ni se par de prisos. De pildă, are receptarea teoriei moniste, despre care am amintit, consecințe pozitive cât privește reglementarea relațiilor sociale? S-ar putea răspunde afirmativ, arătându-se că astfel s-a reușit a se da, de pildă, un sediu comun dreptului privat, indiferent de ramura pe care am avea-o în

* Lect. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”, București și Cercetător științific gr. II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: juridic_institut@yahoo.com.

** Conf. univ. dr., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Valahia” din Târgoviște; e-mail: ilioaragenoiu20@yahoo.fr.

¹ Este vorba despre Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

² În prezent, abrogat.

vedere. Aceasta este o premisă favorabilă a unei bune sistematizări legislative, ușurează consultarea și cunoașterea actului normativ.

Pe de altă parte, există, credem, argumente și în sprijinul teoriei dualiste a dreptului privat – drept civil, drept comercial – și, în general, pentru o construcție legislativă formată din Codul civil și din reglementări proprii fiecărei ramuri de drept privat, alta decât dreptul civil. Din acest din urmă punct de vedere, dreptul civil constituie dreptul comun pentru toate celelalte ramuri ale dreptului privat, primind, așadar, aplicare în lipsa unor dispoziții speciale ale unui anume domeniu al dreptului. Ne întrebăm dacă această din urmă soluție nu este mai suplă, dacă nu se pliază mai eficient asupra relațiilor sociale reglementate, ținând seama de specificul, de particularitățile acestora, spre deosebire de ipoteza unei reglementări unice și unitare, ce s-ar aplica oricărui raport de drept privat, fie acesta civil sau comercial (spre exemplu, oricărui contract, indiferent de profesiunea și statutul juridic al părților). Nu este, oare, o asemenea perspectivă rigidă și, în consecință, uneori inadecvată? Menirea normei juridice este de a reglementa relația socială, într-o manieră care să răspundă cerințelor, nevoilor subiectelor de drept, în acord cu interesul social general. Așa fiind, această dublă finalitate nu este mai lesne de atins într-un cadru normativ binomic particular-general? Nu sunt, oare, șterse, cel puțin în parte, prin perspectiva monistă, nevoile specifice de reglementare pentru unele domenii? Ni se poate replica existența faptului împlinit și, prin urmare, inutilitatea discuției, câtă vreme este vizată structura unui Cod civil recent adoptat asupra căreia nu se poate interveni, fără a se prăbuși întregul edificiu normativ. Această observație este, într-adevăr, întemeiată. Numai că noi nu o invocăm în susținerea necesității unui alt Cod civil, altfel construit, ci pentru a evidenția una dintre dificultățile acestui proces de înnoire legislativă, stimulat, printre altele, de aderarea la Uniunea Europeană. Sunt însă numeroase alte aspecte de dificultate, pe care acest proces le-a presupus și le presupune în continuare, dintre care, în ordinea de idei amintită, precizăm numai cerința armonizării dreptului intern cu cel european, temă pe care nu o dezvoltăm aici.

Adoptarea Codului civil în viziune monistă pune și numeroase probleme de ordin teoretic, care încă așteaptă o rezolvare consistentă, credem noi, nu numai de la știința dreptului civil, dar mai ales din perspectiva teoriei generale a dreptului. De pildă, în plan teoretic, sistemul de drept mai este structurat în ramuri ale dreptului și, dacă da, care ar fi, odată cu intrarea în vigoare a Codului civil, ramurile dreptului privat? De vreme ce avem o reglementare unică, nu cumva Codului civil i se poate spune, cu mai multă îndreptățire, „Cod de drept privat”? Mai există ramuri de drept sau adoptăm denumirea de „domenii ale dreptului”, denumire caracterizată, în opinia noastră, prin imprecizie, fiind oarecum un simplu subterfugiu terminologic, dar cu o semnificație minată de relativitate?

Dacă se păstrează categoria ramurii de drept, se nasc întrebări enunțate în doctrină, dar, în opinia noastră, la care s-a răspuns insuficient. Pe lângă problema îndeobște cunoscută dacă, după adoptarea Codului civil, mai există, ca ramuri, dreptul familiei, dreptul comercial și dreptul internațional privat, se pune, în strânsă legătură cu rezolvarea acestei probleme, întrebarea care este obiectul ramurii dreptului civil? Mai există, apoi, principii specifice pentru ramurile de drept a căror existență este pusă în discuție sau acele principii au devenit ale dreptului civil? În sfârșit, care sunt accepțiunile pentru principiul general al dreptului și pentru principiul de ramură? Dar semnificația sintagmei „normă cu valoare de principiu”?

Chiar dacă s-ar ajunge la concluzia inexistenței unor ramuri de drept privat, cum ar fi cele mai sus enunțate, este neîndoielnic faptul că aceste denumiri semnifică discipline didactice sau domenii de cercetare științifică. În aceste condiții, ne întrebăm: însuși acest fapt nu constituie un argument pentru susținerea supraviețuirii ramurilor de drept în discuție?

Un alt aspect de care trebuie ținut seama într-o construcție legislativă de anvergură, cum este un Cod civil, îl reprezintă măsura înnoirii. La ce instituții juridice ar urma să se renunțe și ce asemenea instituții – inexistente în Codul anterior – ar trebui receptate? Iar, în acest context, ar trebui mai întâi convenit cu privire la soluționarea unor controverse teoretice, astfel încât reglementarea să se facă în sensul unor rezolvări precumpănitor împărțășite. Iată, de pildă, teoriile cu privire la patrimoniu: a renunțat legiuitorul nostru la teoria personalistă și a adoptat-o pe cea a patrimoniului de afecțiune? Din examinarea textelor Codului civil nu ni se pare că rezultă o opțiune clară în această privință. Un alt exemplu îl poate constitui proprietatea periodică, în legătură cu care există însă, în doctrină, puncte de vedere diferite: de la abordarea acesteia ca proprietate exclusivă, la calificarea sa ca proprietate comună pe cote-părți, în sfârșit, la a fi socotită o formă nouă de proprietate comună, diferită de coproprietate. Sunt prezente în Codul civil unele instituții juridice cu caracter mai mult decorativ, ca de pildă logodna sau cu eficiență îndoielnică, precum declarația de neacceptare a moștenirii.

Un alt aspect îl reprezintă terminologia, limbajul folosit în Codul civil. Întâlnim, relativ frecvent, termeni inadecvați pentru domeniul dreptului, în orice caz, nespecifici acestuia, folosiți în detrimentul unora consacrați. Nu este, oare, aceasta și o consecință a viziunii moniste? Reglementarea unică ce s-a dorit pentru relațiile de drept privat nu explică, în parte, renunțarea la termeni consacrați, spre exemplu, dreptului comercial și folosirea unor termeni comuni, profani și, de aceea, cu semnificație imprecisă? Este, oare, întâmplătoare revenirea, relativ cu puțină vreme în urmă, a discuției asupra constantelor dreptului? Răspunsul ni se pare a fi negativ. Folosită de această dată într-un alt context istoric, această teorie poate oferi argumente în demersul de asigurare a unei continuități în afirmarea principiilor de drept și a raționamentelor tehnico-juridice, care ar trebui să asigure perenitatea unor instituții, indiferent de consacrarea lor de-a lungul timpului, într-un act normativ sau altul.

Codul nostru civil este, fără îndoială, o operă legislativă importantă. Reglementarea nouă a raporturilor de drept privat era necesară. Codul a fost deseori receptiv la aspecte semnalate în doctrină (de pildă, privind definiția unor instituții) și, de asemenea, la argumente ale practicii judecătorești. Redactarea și adoptarea Codului civil au fost făcute însă, în opinia noastră, cu o celeritate, în parte, nejustificată. Ar fi fost de preferat ca Proiectul de Cod civil să fi rămas un timp îndelungat în dezbatere, iar punctele de vedere exprimate în acest interval să fi fost observate cu atenție. Este greu de explicat faptul că însăși legea privind intrarea sa în vigoare³ are multe modificări ale Codului însuși. În sfârșit, dacă observăm numai secțiunea consistentă din ultimul volum al comentariilor Codului civil, din lucrarea apărută sub egida Institutului de Cercetări Juridice „Acad.

³ Facem referire la Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, cu modificările și completările ulterioare.

Andrei Rădulescu” al Academiei Române⁴, în care au fost sintetizate propunerile *de lege ferenda* făcute pe parcursul întregii lucrări, reiese necesitatea revizuirii Codului civil, astfel încât acesta să devină un instrument, într-adevăr eficient, pentru reglementarea raporturilor de drept privat.

2. Precizări prealabile privind unele instituții juridice de graniță

În continuare, vom pune în discuție câteva instituții juridice (unele prezentând noutate – parțială sau absolută – pentru sistemul nostru de drept) a căror arie de aplicabilitate depășește hotarele disciplinei originare de ramură, căpătând o utilitate mai largă, transdisciplinară, prezentând în subsidiar interes și pentru materia moștenirilor, obiectul tradițional al preocupărilor noastre.

Precizăm, în această ordine de idei, că numeroase instituții juridice care interesează, în principal, materia persoanelor (cum ar fi, spre exemplu, prezumția privind timpul legal al concepțiunii, declararea judecătorească a morții, dispariția persoanei fizice, prelevarea de la persoane decedate de organe, țesuturi și celule umane, în scop terapeutic sau științific, domiciliul, actele de stare civilă, capacitatea persoanei juridice etc.) prezintă importanță și pentru dreptul succesoral, interferându-se cu instituțiile specifice acestuia, cunoașterea lor condiționând, de cele mai multe ori, corecta și deplina înțelegere a problematicii moștenirilor. De asemenea, unele instituții, proprii dreptului familiei, au incidență multiplă, prezentând utilitate, printre altele, și pentru dreptul succesoral. Pot fi considerate astfel, cu titlu de exemplu: căsătoria, în general și căsătoria între rude, în mod special, bigamia, clauza de preciput, convențiile matrimoniale și regimurile matrimoniale, filiația, reproducerea umană asistată medical cu terț donator, adopția, încetarea, nulitatea și desfacerea căsătoriei, rudenția etc. Nu în ultimul rând, pot primi o astfel de calificare instituții care se studiază, în mod tradițional, la disciplina „Drepturile reale”, dar care cunosc aplicații și în alte discipline de ramură, printre care și în materia succesiunilor. Facem referire, spre exemplu, la modurile de dobândire a drepturilor reale, la dezmembrămintele dreptului de proprietate privată, la bunuri și patrimoniul persoanei fizice, la proprietatea comună și partaj sau la administrarea bunurilor altuia.

Credem, de asemenea, că nu este lipsit de interes să arătăm, în acest context, că actualul Cod civil reglementează, într-un mod conjunct, strâns unit, liberalitățile, deși donația este un contract, iar legatul fundamentează un fel de moștenire.

Din rațiuni de întindere a lucrării noastre, în cele ce urmează, ne vom opri doar asupra a două instituții juridice și vom încerca să relevăm, pe de o parte, „vocația lor multiplă”, polivalența acestora și aplicabilitatea lor subsidiară în materia moștenirilor, iar, pe de altă parte, faptul că acestea sunt rezultatul procesului de înnoire legislativă, declanșat de aderarea României la Uniunea Europeană.

3. Presumția privind timpul legal al concepțiunii

Persoana fizică dobândește capacitate de folosință (definită ca aptitudinea generală și abstractă a acesteia de a avea drepturi și obligații civile⁵), cu titlu de regulă, de la

⁴ Este vorba despre Uliescu M. (coordonator), *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, volumele I-IV, Ed. Universul Juridic, București, 2012-2016.

⁵ A se vedea, cu titlu de exemplu: Chelaru E., *Teoria generală a dreptului civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 60; Boroi G., *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. Hamangiu, București, 2008,

naștere. De altfel, în art. 34 și 35 C. civ. se arată următoarele: „*Capacitatea de folosință este aptitudinea persoanei de a avea drepturi și obligații civile*”, ce „...începe de la nașterea persoanei și încetează odată cu moartea acesteia”, fie constatată fizic, fie declarată pe cale judecătorească⁶.

Preluând, într-o mare măsură, reglementarea legală anterioară (cuprinsă însă, nu în Codul civil de la 1864, ci în Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, în prezent abrogat), Codul civil în vigoare, prin dispozițiile art. 36 prima teză, dispune în sensul că „*Drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu (...)*”. Vorbim, așadar, despre *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (copilul conceput trebuie să fie socotit ca fiind născut ori de câte ori aceasta este în interesul său).

Art. 36 C. civ., al cărui conținut a fost redat în parte în cele ce preced, poartă denumirea indicativă „Drepturile copilului conceput”. În mod tradițional, însă, literatura de specialitate a desemnat această excepție pe care o comportă regula privind momentul dobândirii capacității de folosință de către persoana fizică, prin sintagma „capacitate de folosință anticipată”. Se consideră, astfel, că unui copil doar conceput i se recunosc drepturi, în mod anticipat, mai înainte de naștere, însă sub condiția rezolutorie de a se naște viu.

Legat de acest aspect, redăm aici o opinie interesantă, anume cea potrivit căreia textul art. 36 C. civ. „nu se referă la acordarea copilului conceput a unei capacități de folosință anticipată, ci la recunoașterea retroactivă, chiar de la momentul concepției, a

p. 475; Genoiu I., *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Caiet de seminar, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 49.

⁶ Merită, credem, făcută o discuție și în legătură cu relația care există între capacitatea de folosință a persoanei fizice, așa cum a fost ea definită mai sus și capacitatea succesorală. Cu privire la acest aspect, sunt exprimate în literatura de specialitate două puncte de vedere:

a) Unul, ce pare a fi majoritar, potrivit căruia capacitatea succesorală, fără să se confunde cu capacitatea de folosință a persoanei fizice sau cu capacitatea de exercițiu a acesteia, se apropie totuși, în mod substanțial, de înțelesul comun al capacității de folosință, fiind definită ca reprezentând aptitudinea generală a persoanei fizice de a fi titular al drepturilor și obligațiilor care decurg din calitatea de succesor. În această viziune, nu se insistă însă asupra suprapunerii conceptelor și relevării elementelor de diferență. A se vedea, cu titlu de exemplu: Adam I, Rusu A, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 32; Stănciulescu, L, *curs de drept civil. Succesiuni*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 39; Soreată M.M., *Noutăți legislative în materia succesiunilor introduse prin noul Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 19; Macovei C., Dobrilă M.C., *Cartea a IV-a Despre moștenire și liberalități*, în Baias Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R, Macovei I. (coordonatori), „Noul Cod civil. Comentariu pe articole”, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1003 etc.

b) Cel de-al doilea consideră capacitatea de folosință și capacitatea succesorală, instituții juridice diferite. În afară de legătura evidentă, de netăgăduit dintre cele două feluri de capacitate puse în discuție, susținătorii acestei opinii învederează cel puțin două deosebiri majore, după cum urmează:

- în timp ce capacitatea de folosință își este suficientă sieși, căci ea singură, într-o manieră generală și abstractă, conferă aptitudinea unei persoane de a avea drepturi și obligații, capacitatea succesorală este doar una dintre cerințele care, alături de celelalte (vocație succesorală și nedemnitate), determină dobândirea de drepturi și asumarea de obligații în materie succesorală;

- capacitatea de folosință există la un nivel general și abstract, ca potențialitate, în timp ce aprecierea capacității succesorale de face în concret, la speță, cu privire la fiecare moștenire deschisă.

Cu privire la cea de-a doua opinie mai sus redată, a se vedea, cu titlu de exemplu: Cărpănu St., *Drept civil. Drepturile de creație intelectuală. Succesiunile*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1971, p. 169-170 și Pătrașcu B. Genoiu I., *Condițiile generale ale dreptului de a moșteni*, în Uliescu M. (coordonator), „Noul Cod civil. Studii și comentarii”, volum II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 597-598.

acestei capacități copilului născut viu”⁷. S-ar pune astfel sub semnul îndoielii, în mod indirect însă, justetea denumirii tradiționale a acestui tip de capacitate. Considerând această opinie, ar părea mai potrivit să vorbim despre „retroactivarea/retroactivitatea capacității de folosință”, decât de „capacitatea anticipată de folosință”.

Deși credităm în modul convenit acest punct de vedere, a cărui sorginte se află în doctrina franceză, socotim că, în sistemul nostru de drept, problema retroactivității în materie civilă nu trebuie pusă cu ușurință. Aceasta, în primul rând, întrucât art. 6 alin. (1) C. civ. prevede că „*Legea civilă este aplicabilă cât timp este în vigoare. Aceasta nu are putere retroactivă*”. Anterior intrării în vigoare a actualului Cod civil, constituia o problemă oarecum controversată cea a legii (normei) de interpretare (interpretative). Se considera de către unii autori că aceasta ar retroactiva, formând corp comun cu legea interpretată⁸. Or, legea interpretativă este, în timp, ulterioară celei de interpretare. Aplicându-se din momentul intrării în vigoare a legii pe care o interpretează, legea de interpretare (interpretativă) pare că retroactivează. *De lege lata*, însă, această chestiune nu mai prezintă caracter de controversă, întrucât art. 9 alin. (2) C. civ. prevede că „*Norma interpretativă produce efecte numai pentru viitor*”.

Apoi, problema retroactivității unei norme juridice se poate pune, în sistemul nostru de drept, în baza dispozițiilor art. 15 alin. (2) din Constituție, numai în legătură cu legea penală sau contravențională mai favorabilă (mai blândă).

În concluzie, apreciem că denumirea doctrinară a felului de capacitate pus aici în discuție, având de altfel și o considerabilă vechime și consacrare⁹, rămâne actuală, reflectându-i corespunzător esența.

Continuând analiza noastră, punem în discuție aici și art. 412 C. civ., ce reglementează tocmai subiectul nostru de interes, anume timpul legal al concepțiunii. Potrivit acestuia, „(1) *Intervalul de timp cuprins între a trei sută și a o sută optzecea zi dinaintea nașterii copilului este timpul legal al concepțiunii. El se calculează zi cu zi.* (2) *Prin mijloace de probă științifice se poate face dovada concepțiunii copilului într-o anumită perioadă din intervalul de timp prevăzut la alin. (1) sau chiar în afara acestui interval*”. Așadar, copilului conceput i se recunosc drepturi, dacă momentul dobândirii acestora se plasează în intervalul de timp menționat de textul de lege, doar într-o anumită perioadă a acestuia sau chiar în afara lui, sub condiția de a se dovedi științific concepțiunea copilului.

Precizăm că, anterior intrării în vigoare a actualului Cod civil, timpul legal al concepțiunii era reglementat de art. 61 C. fam., în prezent abrogat. Acest text de lege institua două prezumții: a celei mai lungi, respectiv a celei mai scurte gestații și cea potrivit căreia concepția copilului putea fi plasată în oricare dintre zilele intervalului legal. Cea dintâi prezumție menționată prezenta, fără tăgadă, caracter absolut, irefragabil (*juris et de jure*), nefiind admisă dovada că timpul legal al concepțiunii putea fi plasat în afara celor două limite (maximă, de 300 de zile și minimă de 180 de zile dinaintea

⁷ Chelaru E., *op. cit.*, p. 61; Starck B., Roland H., Boyer L., *Introduction au droit*, 4^e éd., Ed. Litec, Paris, 1996, p. 389-392.

⁸ A se vedea, în acest sens, Beleiu Gh., *Drept civil român, Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a VII-a, revăzută și adăugită de Nicolae M., Trușcă P., Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 48.

⁹ A se vedea, cu titlu de exemplu: Beleiu Gh., *op. cit.*, p. 312; Boroi G., *op. cit.*, p. 477; Cojocaru A., *Drept civil. Partea generală*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 73.

nașterii copilului). În schimb, determinarea naturii juridice a celei de-a doua prezumții a suscitât controverse. Opinia majoritară a fost în sensul că aceasta prezenta caracter relativ, admitându-se dovada potrivit căreia concepția a avut loc într-o anumită porțiune a intervalului de 121 de zile, fiind exclusă cealaltă parte a acestuia.

În actuala reglementare, însă, cele două prezumții au caracter relativ (*juris tantum*), putând fi răsturnate prin mijloace de probă științifice. Drept urmare, dacă se dovedește științific posibilitatea ca un anumit copil să fi fost conceput în afara acestui interval sau într-o anumită parte a acestuia, el poate dobândi drepturile succesoriale reglementate de lege, evident, sub condiția de a se naște viu¹⁰.

Arătăm, de asemenea, că utilitatea unei asemenea prezumții (atât sub imperiul vechii legislații, cât și al actualului Cod civil) se manifestă și pe tărâmul dreptului succesoral, atât în ipoteza în care stabilirea filiației (instituție specifică dreptului familiei) se suprapune cu stabilirea capacității succesoriale (condiție generală a dreptului la moștenire), cât și în cazul în care se urmărește doar stabilirea capacității succesoriale, filiația nefiind contestată¹¹. Un exemplu edificator, credem, pentru prima ipoteză, este următorul: la deschiderea moștenirii unui bărbat, o femeie (alta decât soția) invocă existența concepției unui copil al acestuia; la mai puțin de 300 de zile de la data deschiderii moștenirii, copilul în discuție se naște viu; pe cale judecătorească poate fi stabilită atât filiația copilului în discuție, cât și capacitatea lui succesorală. Credem, de asemenea, că un astfel de copil poate fi considerat că are capacitate succesorală în ceea ce privește moștenirea tatălui său, față de care filiația s-a stabilit pe cale judecătorească, chiar dacă nașterea lui a intervenit după trei sute de zile de la moartea autorului său, sub condiția ca, prin mijloace științifice de probă, să se dovedească acest fapt.

Cea de-a doua ipoteză, în care se pune doar problema stabilirii capacității succesoriale, nu și a filiației, poate fi ilustrată prin următorul exemplu: X, căsătorit, decedează. La mai puțin de 300 de zile de la data deschiderii moștenirii acestuia, mama defunctului dă naștere unui copil, așadar, unui frate al celui despre a cărui moștenire este vorba. Soția supraviețuitoare contestă capacitatea succesorală a copilului doar conceput la data deschiderii moștenirii soțului său, ulterior însă născut viu, nu și filiația acestuia. La fel de bine putem face și în acest caz aplicația excepției de regula privind timpul legal al concepției, dacă perioada de viață intrauterină depășește limitele intervalului legal de 121 de zile, iar prin mijloace de probă științifice se dovedește această posibilitate.

Am demonstrat, credem, faptul că o instituție juridică, reglementată în materia familiei, prezintă utilitate și în domeniul succesiunilor. Am relevat, de asemenea, și înnoirea legislativă intervenită, esențială de altfel, constând în schimbarea caracterului prezumției analizate, din absolut, în relativ. Aceasta este și o consecință a aderării

¹⁰ A se vedea, însă, și Chirică D., *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 19, potrivit căruia „...plecând de la date științifice certe legate de perioada cea mai lungă și cea mai scurtă de gestație posibile, legiuitorul a intervenit prin stabilirea unei *prezumții irefragabile* (s.n.: B.P.; I.G.) prin art. 412 alin. (1) NCC în sensul că timpul legal de concepție se situează între a trei sute și a o sută optzeci de zile dinaintea nașterii copilului”. Așa cum am arătat și în cele ce preced, nu împărtășim această opinie și considerăm că prezumția instituită de art. 412 alin. (1) C. civ. are caracter relativ, întrucât alin. (2) al aceluiași art. 412 C. civ. dispune în sensul că „*Prin mijloace de probă științifice se poate face dovada concepțiunii copilului ...chiar în afara acestui interval*”.

¹¹ Deak, Fr., *Tratat de drept succesoral*, ed. a II-a actualizată și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 46; Chirică D., *op. cit.*, p. 19-20.

României la Uniunea Europeană, înscriindu-se în procesul de adaptare a legislației românești la noile realități sociale, la progresul înregistrat de medicină.

4. Reproducerea umană asistată medical cu terț donator

Menținându-ne în aceeași ordine a ideilor, vom pune în discuție, în cele ce urmează, o instituție de drept, nou consacrată în legislația noastră, de asemenea ca efect al progresului înregistrat în domeniul medical. Este vorba despre reproducerea umană asistată medical cu terț donator, care prezintă – așa cum vom încerca să demonstrăm în continuare – implicații și asupra dreptului succesoral.

După ce Proiectul noului Cod civil punea în discuție și o altă metodă modernă de reproducere umană, anume cea prin intermediul mamei surogat (denumită și maternitate de substituție), pe care o interzicea, actuala reglementare în materie civilă conține referiri principale doar la metoda reproducerii umane asistate medical cu terț donator (art. 441-447 C. civ.)¹², criticabile însă, potrivit literaturii de specialitate¹³. Sunt reglementate astfel, în legătură cu aceasta, aspecte precum: filiația copilului astfel produs, consimțământul părinților care, neputând avea un copil, recurg la aceasta metodă de reproducere, contestarea filiației copilului rezultat prin metoda pusă aici în discuție, confidențialitatea informațiilor privind reproducerea umană¹⁴.

Copilul rezultat prin această metodă este considerat a fi descendent al părinților care au consimțit, în formă autentică notarială, la această reproducere. Între copil și terțul donator nu se stabilește nicio relație de rudenie și nicio acțiune în răspundere nu poate fi pornită împotriva donatorului. Mai precizăm, de asemenea, că poate apela la o asemenea metodă un cuplu (căsătorit sau nu), format dintr-un bărbat și o femeie sau doar o femeie singură. În cazul în care bărbatul și femeia sunt căsătoriți, funcționează, în ceea ce privește copilul astfel rezultat, prezumția de paternitate, cu caracter relativ, ca și cea privind timpul legal al concepțiunii. Cu titlu derogatoriu însă, se prevede că, în cazul reproducerii umane asistate medical cu terț donator, nu este admisibilă contestarea filiației copilului pentru motive ce țin de reproducerea asistată medical, nici chiar de către el însuși, fiind posibilă doar tăgăduirea paternității copilului de către soțul mamei, care nu a consimțit la reproducere. Dimpotrivă, însă, în cazul în care bărbatul (care nu are calitatea de soț) a consimțit la reproducere și, ulterior, nu recunoaște copilul astfel născut

¹² Regimul juridic al reproducerii umane asistate medical cu terț donator, asigurarea confidențialității informațiilor care țin de aceasta, precum și modul de transmitere a lor se stabilesc însă prin lege specială.

¹³ A se vedea în acest sens Guțan S., *Reproducerea umană asistată medical și filiația*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 108-109, care relevă câteva carențe ale dispozițiilor menționate ale Codului civil. Astfel:

- acestea nu fac mențiune la reproducerea bazată pe gameții cuplului beneficiar;
- este permisă accesarea la această metodă de reproducere a unor cupluri necăsătorite, fapt ce „va duce la nașterea unor astfel de copii în familii fragile”;
- fiind permisă doar posibilitatea femeii de a beneficia de un copil pe această cale, sunt create premisele unei discuții în legătură cu o posibilă discriminare de gen;
- nu este acoperită situația reproducerii *post mortem* și stabilirea filiației într-un asemenea caz.

¹⁴ Cu titlu de excepție, confidențialitatea informațiilor ce țin de reproducerea umană asistată medical este înfrântă, înlăturată, în cazul în care „(...) în lipsa unor astfel de informații, există riscul unui prejudiciu grav pentru sănătatea unei persoane astfel concepute sau a descendenților acesteia (...)”, astfel încât „(...) instanța poate autoriza transmiterea lor, în mod confidențial medicului sau autorităților competente” – art. 445 alin. (2) C. civ. De același drept se pot prevala, în temeiul art. 445 alin. (3) C. civ., descendenții persoanei astfel concepute.

în afara căsătoriei, paternitatea se va stabili pe cale judecătorească, iar bărbatul în cauză va răspunde în condițiile legii atât față de mamă, cât și față de copil. Odată stabilită filiația între tată și copilul reprodus cu asistență medicală, cel dintâi are față de cel din urmă aceleași drepturi (inclusiv pe tărâm succesoral) și obligații, ca și față de un copil născut prin concepțiune naturală¹⁵.

Toate aceste aspecte, de interes primar pentru materia filiației, instituție a dreptului familiei, au, totodată, importante implicații asupra dreptului la moștenire. Drept urmare, copilul rezultat prin aceasta metodă, fiind considerat descendent al celor care au consimțit la reproducere, face parte din clasa I de moștenitori legali, putând să-și moștenească părinții (indiferent că aceștia sunt sau nu căsătoriți, însă față de care are stabilită filiația în condițiile legii) și invers. Mai mult, acesta poate veni în concurs la moștenire cu alți descendenți ai părinților săi, fie reprodus prin aceeași metodă, fie rezultați prin concepțiune naturală, fie din adopție, caz în care moștenirea se va împărți pe capete. Putem întâlni chiar situația în care un astfel de copil vine în concurs la moștenire cu frați doar de mamă sau doar de tată. Într-o asemenea ipoteză, moștenirea se va împărți pe linii. La fel de bine ne putem imagina că, la reproducerea umană cu terț donator a apelat și consimțit o femeie singură, care, fie înainte de a recurge la această metodă, fie ulterior, se căsătorește și din căsătorie rezultă copii sau adoptă împreună cu soțul său unul sau mai mulți copii. Copilul reprodus cu ajutorul unui terț donator va avea filiația stabilită numai pe linie maternă, culegând la eventuala moștenire a unui frate al său doar o singură linie. Numeroase pot fi, pe tărâmul dreptului succesoral, situațiile în care sunt puse în discuție drepturile la moștenire ale unei persoane reproduse cu asistență medicală.

Precizăm, în final, că un copil conceput cu ajutorul unui terț donator nu-l va moșteni pe acesta din urmă, cum nici soluția inversă nu este de acceptat, întrucât între aceștia, în puterea legii, nu se stabilește nicio relație de rudenie.

¹⁵ În legătură cu multiplele aspecte pe care le presupune reproducerea umană asistată medical cu terț donator, a se vedea Guțan S., *op. cit.*

PRINCIPIUL IREVOCABILITĂȚII DONAȚIILOR

Victor MARCUSOHN*

Abstract:

Generally speaking, any valid contract is an irrevocable one, meaning it cannot be revoked by the unilaterally will of one party, but only by simultaneous will from both parties. Besides this general irrevocability, the donation contract provides also a special irrevocability, derived from its nature as liberality. The principle of irrevocability, specific to the donation, aims at ensuring the protection of all legitimate interests of the donor, at guaranteeing the property right of the grantee regarding the donated good as well as at consolidating the safety of the civil circuit by protecting the interests of third parties which have legal relations with the grantee.

Keywords: donation, irrevocability, prohibited clauses

1. Generalități

Conform art. 1.270 alin. (1) C. civ., „contractul valabil încheiat are putere de lege între părțile contractante”, ceea ce înseamnă că orice contract valabil încheiat este și irevocabil, adică nu poate fi revocat prin voința unilaterală a unei singure părți, ci prin voința simultană a ambelor părți (*mutuus dissensus*), întrucât astfel s-ar aduce atingere principiului forței obligatorii a contractului (irevocabilitate de gradul I)¹.

Însă, în materia contractului de donație avem de-a face nu doar cu această irevocabilitate generală, aplicabilă oricărui contract, ci și cu o irevocabilitate specială², proprie acestui contract, derivată din natura sa de liberalitate.

Aceasta este, de altfel, și sensul în care trebuie privit art. 985 C. civ., conform căruia „donația este contractul prin care, cu intenția de a gratifica, o parte, numită donator, dispune în mod irevocabil de un bun în favoarea celeilalte părți, numită donatar”.

Prin urmare, în cazul donației irevocabilitatea este una specială, deoarece privește nu doar efectele contractului, ci și natura intrinsecă a acestuia³, motiv pentru care doctrina a denumit-o irevocabilitate de gradul II⁴.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea Ecologică din București; e-mail: victor_marcusohn@yahoo.com.

¹ Fl. Moțiu, *Contractele speciale în Noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 144.

² În mod paradoxal, principiul irevocabilității a fost gândit inițial de legiuitorul francez, în vederea descurajării intenției liberale, cerința formei autentice nefiind decât un element în slujba acestui principiu. Prin declararea donațiilor ca „irevocabile”, legiuitorul urmărea să-l determine pe donator să ezite în efectuarea de liberalități între vii: acesta din urmă știindu-și „irevocabilă” activitatea liberală – bunurile liberale ar fi părăsit pentru totdeauna patrimoniul său – urma să reflecteze „de două ori” înainte de a lua decizia de gratificare. Pentru amănunte în acest sens, a se vedea J. Goicovici, *Discuții în legătură cu solemnitatea contractului de donație*, Dreptul nr. 7/2005, p. 39.

³ G. Boroi, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil, în reglementarea Noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 413.

⁴ Fr. Terré, Y. Lequette, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, Paris, 1997, p. 351.

Prin intermediul principiului irevocabilității donației se urmărește, ocrotirea intereselor legitime ale donatorului, garantarea dreptului de proprietate al donatarului asupra bunului donat, precum și consolidarea siguranței circuitului civil prin protejarea intereselor terților care intră în raporturi juridice cu donatarul⁵. De aceea, legiuitorul a prevăzut la art. 1.015 alin. (1) C. civ. că donația care cuprinde clauze ce permit donatorului să o revoce prin voința sa nu este valabilă fiind lovită de nulitate absolută⁶.

2. Clauze incompatibile cu principiul irevocabilității donației

Codul civil în vigoare a prevăzut, în mod expres, la art. 1.015 alin. (2), patru clauze incompatibile cu principiul irevocabilității donației, a căror inserare în contract face ca acesta să fie lovit de nulitate absolută, și anume:

a. Donația afectată de o condiție a cărei realizare depinde exclusiv de voința donatorului. Aceasta înseamnă că este nulă absolut donația afectată de o *condiție pur potestativă*, adică a cărei realizare depinde exclusiv de voința donatorului (de exemplu, clauza prin care donatorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul de donație este o clauză pur potestativă). În doctrină se consideră că ar fi lovită de nulitate absolută și o donație afectată de *condiție simplă potestativă*, chiar dacă aceasta nu depinde exclusiv de voința donatorului, ci și de circumstanțe exterioare, întrucât donația este o liberalitate, și nu un contract cu titlu oneros, care ar deveni nul numai dacă ar fi afectat de o condiție pur potestativă⁷.

Pe de altă parte, este valabilă donația afectată de o *condiție potestativă mixtă*, care presupune un eveniment a cărui realizare depinde de ambele părți contractante sau de o terță persoană față de contract, precum și cea afectată de un termen, întrucât acesta afectează numai executarea obligației nu și formarea ei.

b. Donația care impune donatarului plata datoriilor pe care donatorul le-ar contracta în viitor, dacă valoarea maximă a acestora nu este determinată în contractul de donație. Pe de altă parte, este valabilă clauza prin care donatorul impune donatarului, în mod expres, tacit sau implicit, plata datoriilor prezente, care existau în patrimoniul donatorului la data încheierii contractului de donație sau chiar și plata unor datorii viitoare, dacă ele sunt determinate prin actul de donație (de exemplu, sunt valabile clauzele prin care donatorul îl obligă pe donatar la suportarea cheltuielilor de înmormântare sau la plata pensiei alimentare).

c. Donația care conferă donatorului dreptul de a denunța unilateral contractul este și ea lovită de nulitate absolută, deoarece constituie tot o condiție pur potestativă, în baza căreia donatarul s-ar afla la discreția donatorului, în ceea ce privește posibilitatea de a denunța unilateral sau de a menține contractul, după bunul plac.

⁵ G. Boroș, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil, în reglementarea Noului Cod civil, op. cit.*, p. 414.

⁶ În doctrină se consideră că sancțiunea nulității absolute lovește contractul de donație în ansamblul său, iar nu doar clauza incompatibilă cu principiul irevocabilității. Totuși, dacă donația este divizibilă, iar clauza o afectează numai în parte, pentru restul contractului efectele se mențin. A se vedea Fl. Moțiu, *Contractele speciale în Noul Cod civil, op. cit.*, p. 144, nota 3 subsol.

⁷ G. Boroș, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil, în reglementarea Noului Cod civil, op. cit.*, loc. cit.

d. Donația care permite donatorului să dispună în viitor de bunul donat, chiar dacă donatorul moare fără să fi dispus de acel bun. Dacă dreptul de a dispune vizează doar o parte din bunurile donate, nulitatea operează numai în privința acestei părți.

Dacă donatorul înserează în contract o clauză prin care își rezervă dreptul de a dispune în viitor numai de o parte din bunurile dăruite, atunci donația este nulă doar parțial, cu privire la acele bunuri față de care donatorul și-a manifestat dorința de a dispune ulterior, pe când contractul de donație este lovit de nulitate absolută în întregul său, dacă donatorul și-a rezervat dreptul de a înstrăina orice bunuri ar crede de cuviință, deoarece în această situație ar putea înstrăina toate bunurile dăruite.

La aceste patru clauze prevăzute la art. 1.015 alin. (2) C. civ., se mai adaugă două clauze prohibite, respectiv:

- substituția fideicomisară prevăzută la art. 993 C. civ., prin care donatorul îl obligă pe donatar să conserve bunul liberalității și să îl transmită unui terț desemnat tot de dispunător, și

- clauza considerată nescrisă, prevăzută la art. 1.009 alin. (1) C. civ., prin care beneficiarul liberalității este obligat să nu conteste validitatea unei clauze de inalienabilitate ori să nu solicite revizuirea condițiilor sau a sarcinilor.

3. Clauze compatibile cu principiul irevocabilității donației

Pe lângă clauzele incompatibile cu principiul irevocabilității donației menționate la art. 1.015 alin. (2) C. civ., există o serie de clauze care sunt compatibile cu acest principiu, respectiv:

a. Donația poate fi afectată de un termen, deoarece acesta nu afectează valabilitatea, modul de dobândire al dreptului transmis, ci numai exercițiul acestuia.

b. Donația afectată de o condiție cazuală și mixtă. Condiția este *cazuală* atunci când realizarea evenimentului depinde de hazard, de întâmplare, fiind deci independent de voința părților actului juridic, sau atunci depinde exclusive de voința unui terț, pe când condiția este *mixtă* atunci când realizarea evenimentului depinde atât de voința uneia dintre părți, cât și de voința unei persoane determinate⁸.

c. Donația care stipulează plata datoriilor prezente sau viitoare, dacă acestea sunt determinate prin contractul de donație.

d. Donația care prevede clauza de reîntoarcere convențională a bunurilor donate, fie în situația în care donatarul ar precedea donatorului, fie atunci când atât donatarul, cât și descendenții săi ar precedea donatorului⁹. Atunci când donația are ca obiect bunuri supuse unor formalități de publicitate, atât dreptul donatarului, cât și dreptul de întoarcere sunt supuse acestor formalități, conform prevederilor art. 1.016 alin. (2) C. civ.

Reîntoarcerea convențională (denumită și reversiune convențională) a bunurilor donate în patrimoniul donatorului reprezintă un contract de donație încheiat sub o *condiție rezolutorie expresă*, a cărei îndeplinire nu depinde de voința donatorului, ci de

⁸ Pentru amănunte, a se vedea G. Boroi, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a II-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 192-193.

⁹ Art. 1.016 alin. (1) C. civ.

împrejurări externe, dar care, pentru a fi valabilă, trebuie să fie consacrată contractual în termeni preciși pentru a nu lăsa nicio îndoială cu privire la intenția părților.

Ca efect al îndeplinirii condiției rezolutorii, bunurile ce au făcut obiectul contractului de donație se întorc la donator deplin drept, astfel încât în cazul în care moștenitorul donatarului refuză restituirea bunului donat, donatorul are deschisă calea acțiunii în revendicare chiar și împotriva terțului dobânditor al bunului, cu condiția de a fi îndeplinite condițiile de publicitate impuse de lege.

e. Donația cu rezerva uzufructului sau a dreptului de abitație este permisă atunci când este făcută în favoarea donatorului ori a unui terț, ceea ce se donează cu caracter irevocabil în acest caz fiind nuda proprietate asupra bunului¹⁰.

4. Donația între soți. Excepție de la principiul irevocabilității donației

Codul civil reglementează *donația între soți*, stabilind posibilitatea revocării acesteia numai pe durata căsătoriei¹¹.

Revocarea donației între soți reprezintă singura excepție veritabilă de la principiul irevocabilității speciale a donației, precum și o excepție de la principiul forței obligatorii a contractelor¹². Revocarea se poate realiza prin voința unilaterală a soțului donator, care poate revoca donația oricând, indiferent de forma în care s-a încheiat aceasta.

Prin urmare, donația între soți devine irevocabilă numai la momentul încetării, din orice motiv, a căsătoriei (de exemplu, decesului soțului donator sau a soțului donator, desfacerea căsătoriei prin divorț etc.).

Dreptul soțului donator de a revoca donația pe întreaga durată a căsătoriei este de esența donației între soți, fiindu-i conferit acestuia *ope legis*, motiv pentru care soțul donator nu poate renunța nici expres, nici tacit, la dreptul de a solicita revocarea donației.

Revocarea donațiilor între soți se aplică tuturor donațiilor, inclusiv darurilor manuale, donațiilor indirecte sau donațiilor simulate. Revocarea donației nu trebuie neapărat solicitată prin intermediul unei acțiuni în justiție, putând fi făcută în orice mod, fie expres fie tacit, însă este necesar ca aceasta să fie neîndoielnică și să existe identitate între bunul care a făcut obiectul donației și cel al revocării¹³. Revocarea tacită poate rezulta din orice act al soțului donator care să ateste intenția acestuia de a revoca donația.

Dreptul de revocare are un caracter strict personal, neputând fi exercitat decât de către soțul dispunător. Acest drept nu se transmite moștenitorilor soțului donator și nici nu poate fi exercitat de către creditorii acestuia.

Tot ca o noutate, legiuitorul a prevăzut la art. 1.032 C. civ. că nulitatea căsătoriei atrage nulitatea relativă a donației făcute soțului de rea-credință.

¹⁰ Trib. Jud. Timiș, decizia nr. 40/1987, în Revista Română de Drept nr. 5/1987, p. 67.

¹¹ Vezi art. 1.031 C. civ.

¹² De menționat că nici donațiile făcute viitorilor soți în vederea încheierii căsătoriei și nici donațiile între soți nu pot fi revocate pentru ingratitudine, având în vedere caracterul punitiv al acestei cauze de revocare, care nu trebuie să afecteze decât persoana culpabilă, nu și celălalt soț sau, eventual, copiii care au rezultat din căsătorie, cu atât mai mult cu cât donațiile între soți sunt prin esență revocabile, pe întreaga durată a căsătoriei.

¹³ Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 551/1970, în *Repertoriu de practică judiciară în materie civilă (1969-1975)*, p. 135, cit. de Fl. Moțiu, *Contractele speciale în Noul Cod civil, op. cit.*, p. 141.

În doctrină se consideră că dreptul soțului care a fost de bună-credință la încheierea căsătoriei de a solicita constatarea nulității relative a actului de donație reprezintă o aplicabilitate a regulilor care guvernează căsătoria putativă, conform art. 304-306 C. civ., precum și o derogare de la principiul irevocabilității donațiilor, fiind de strictă interpretare și aplicare¹⁴.

Deși, în dreptul român, simulația nu este, de regulă, sancționată cu nulitatea, la art. 1.033 alin. (1) C. civ., legiuitorul a prevăzut că este lovită de nulitate simulația în care donația reprezintă contractul secret, încheiată în scopul de a eluda revocabilitatea donațiilor între soți.

Așadar, este lovită de nulitate, donația simulată realizată între soți, indiferent că simulația se realizează prin interpunere de persoane sau în formă deghizată.

Pentru dovedirea caracterului deghizat al donației între soți este admisibil orice mijloc de probă¹⁵.

Se prezumă a fi persoană interpusă, până la proba contrară, orice rudă a donatarului la a cărei moștenire acesta ar avea vocație în momentul donației și care nu a rezultat din căsătoria cu donatorul.

¹⁴ M. Afrăsinie și colectiv, *Noul Cod civil comentat*, Comentariu la art. 1.032 NCC, www.idrept.ro.

¹⁵ Trib. București, S. civ., dec. nr. 794/1948, în J.N. nr. 3-4/1949, p. 420.

RĂSPUNDEREA EXTRAContractUALĂ ÎN JURISPRUDENȚA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE

*Andrei DUȚU-BUZURA**

Abstract:

Although the European Union exercises by itself few material actions, its non-contractual liability is operative especially in the case of any behavior considered to be illegal; even so, liability can only be upheld in very strict conditions, established less by the Treaties, and more by the Court in Luxembourg, based on rules apparently set to discourage and limit the possibility of legal action.

The jurisdiction of solving EU non-contractual liability disputes belongs exclusively to the EU Courts, by applying art. 268 of the TFEU; this necessary implies that non-contractual liability is exclusively upheld upon and according to EU law. Such an argument is perfectly justifiable by the fact that engaging this liability frequently assumes that the field of application is merely an appreciation of European Union policy, and, by consequent, the total exclusion of national jurisdictions is only natural.

Keywords: *European Union Law, non-contractual liability, European Court of Justice, jurisdiction*

1. Reglementarea răspunderii extracontractuale în dreptul Uniunii Europene

Acțiunea în răspundere extracontractuală a Uniunii Europene, reglementată la art. 268 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) și al doilea paragraf al art. 340 TFUE, are ca obiect repararea unui prejudiciu cauza reclamantului printr-o acțiune (comportament) sau un act ilegal al instituțiilor sau agenților UE, în executarea îndatoririlor lor¹. Condițiile acestei forme complexe de răspundere au fost stabilite în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene „în conformitate cu principiile comune ale sistemelor de drept din Statele Membre”², în condițiile alin. (2) al art. 340 TFUE³. De precizat că instanțele unional-europene au folosit reglementările naționale exclusiv pe post de „sursă de inspirație”, în vederea dezvoltării unui drept european al răspunderii extracontractuale independent și autonom⁴. În consecință, jurisprudența Curții a statuat că această răspundere a Comunității și, ulterior, a Uniunii Europene, „presupune existența unor circumstanțe care trebuie să cuprindă prejudiciul propriu-zis, o

* Conf. univ. dr., Facultatea de Administrație Publică – Școala Națională de Științe Politice și Administrative, București; andrei.dutu@administratiepublica.eu

¹ K. Gutman, *The Evolution of the Action for Damages Against the European Union and Its Place in the System of Judicial Protection*, în „Common Market Law Review”, nr. 48 (3)/2011, p. 695-750.

² CJEU, hotărârea din 29 iulie 2010, în cauza *Hanssens-Ensch c. CE*, C-377/09, ECLI:EU:C:2010:459 par. 21.

³ A se vedea, în acest sens, și J. Moliner, J. Lotarski, *Droit du contentieux de l'Union Européenne*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 2012, p. 221 și urm.

⁴ K. Lenarts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, ed. a II-a, Oxford University Press, 2015, p. 480.

legătură de cauzalitate între prejudiciu și comportamentul presupus al instituției, și ilegalitatea acestui comportament”⁵.

Odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, dispozițiile aplicabile în acest sens nu au cunoscut reformulări sau modificări semnificative; astfel, în prezent, art. 268 TFUE (ex-art. 235 TCE) prevede: „Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă să judece litigiile care au ca obiect repararea prejudiciilor menționate la art. 340 al doilea paragraf și al treilea paragraf”. Cea mai importantă noutate o constituie, deci, introducerea formulării „Curtea de Justiție a Uniunii Europene”, în identificarea instanței competente, spre deosebire de fostul art. 235 TCE, care folosea termenul „Curtea de Justiție”, care desemnează exclusiv cea mai înaltă jurisdicție din cadrul sistemului jurisdicțional european. În plus, prin referirea expresă la cel de-al treilea paragraf al art. 340 TFUE (spre deosebire de formularea anterioară, care făcea vorbire doar de al doilea), se stabilește că Banca Centrală Europeană răspunde direct pentru prejudiciul cauzat de agenții sau instituțiile sale, subliniindu-se, pe această cale, existența personalității juridice distincte a acestei instituții, față de personalitatea juridică a Uniunii Europene.

2. Modificări materiale introduse prin Tratatul de la Lisabona

Dincolo de schimbările textuale, prevăzute mai sus, introduse în materia răspunderii extracontractuale prin Tratatul de la Lisabona, schimbările aduse asupra cadrului instituțional unional-european s-au resimțit și în acest domeniu. În primul rând, prin eliminarea structurii „pilonilor” și înlocuirea Comunității cu Uniunea, anumite restricții în ceea ce privește competența jurisdicțională a UE în raport cu prejudiciile create au fost eliminate. Sub aspectul ex-pilonului 3, referitor la cooperarea jurisdicțională, aceasta nu mai exclude, de principiu, intervenția răspunderii extracontractuale, spre deosebire de vechiul sistem; totuși, atunci când o acțiune în răspundere are la bază un act adoptat sub regimul pilonului 3, aceasta se supune termenului provizoriu de 5 ani, stabilit prin art. 10 al Protocolului nr. 36 relativ la dispozițiile tranzitorii.

În ceea ce privește ex-pilonul nr. 2, privitor la politica externă comună, ca regulă, jurisdicțiile UE nu dețin competențe în acest domeniu, excepțiile fiind prevăzute expres în Tratat și având ca obiect măsurile restrictive adoptate împotriva persoanelor fizice sau juridice conform procedurilor și cu respectarea art. 263 TFUE.

Sub aspectul instituțiilor ale căror acte sau acțiuni pot constitui temeiul unei acțiuni în răspundere extracontractuale, recunoașterea, prin Tratatul de la Lisabona, a Consiliului European drept instituție a Uniunii, sub art. 13 alin. (1) TUE, a extins numărul pârâților împotriva cărora acțiunea poate fi formulată, spre deosebire de regimul anterior. Însă și o atare evoluție se dovedește a fi imperfectă, în condițiile în care, de exemplu, nu a inclus nicio referire expresă al organelor, oficiile sau agențiile UE ca potențiali pârâți, în condițiile existenței principiului conform căruia Uniunea răspunde pentru toate acțiunile acestor structuri.

În fine, trebuie să precizăm faptul că, începând cu anul 2000, acțiunea în răspundere extracontractuală a fost prevăzută și în cadrul Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii

⁵ A se vedea, printre altele: CJCE, hotărârea din 29 aprilie 1971, în cauza *Lutticke c. Comisiei*, nr. 4/69, ECLI:EU:C:1971:40 par. 10; CJCE, hotărârea din 9 septembrie 2008, în cauza *FIAMM și alții c. Consiliul și Comisia*, nr. C-120/06, ECLI:EU:C:2008:476 par. 106.

Europene (art. 41 alin. (3)), în corelație cu dreptul la o bună administrație și parte a Titlului V, privitor la Drepturile cetățenești. Odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, Carta a dobândit aceeași valoare cu Tratatetele, ceea ce înseamnă că are, în prezent, valoare de constrângere.

Art. 41 alin. (3) al Cartei stabilește că: „Orice persoană are dreptul la repararea de către Uniune a prejudiciilor cauzate de către instituțiile sau agenții acesteia în exercitarea funcțiilor lor, în conformitate cu principiile generale comune legislațiilor statelor membre”. O atare formulare preia, practic, dispozițiile art. 340 TFUE și, prin urmare, nu modifică regimul răspunderii extracontractuale a Uniunii Europene, astfel cum a fost impus prin Tratatete (cum ar fi, de pildă, regula îndeplinirii cumulative a condițiilor stabilite prin jurisprudență). Totuși, trebuie avut în vedere faptul că includerea, în cadrul Cartei drepturilor fundamentale, a acestor reguli, reflectă importanța sporită acordată acțiunii în răspundere extracontractuală, ca element fundamental al dreptului la o bună administrație în cadrul Uniunii Europene.

3. Răspundere contractuală sau extracontractuală

Solicitarea reparării daunelor, întemeiată pe art. 268 și art. 340 alin. (2) TFUE privește exclusiv domeniul răspunderii extracontractuale a Uniunii Europene, ceea ce implică, în mod obligatoriu, acte sau comportamente ilegale ale Uniunii însăși, ale instituțiilor sau ale agenților săi, care au provocat un prejudiciu reclamantului. Trebuie să distingem, deci, dintre această acțiune și acțiunea în răspundere contractuală a Uniunii, răspundere care își are izvorul într-un contract încheiat între UE și reclamant, astfel cum este reglementată prin art. 272 TFUE.

Această distincție, între răspunderea contractuală și cea extracontractuală, are însă o importanță fundamentală în condițiile în care implică și aspectul competenței jurisdicționale de a soluționa asemenea cauze. În ceea ce privește răspunderea contractuală, CJUE este competentă în soluționarea litigiilor de acest gen numai în situația în care acordurile contractuale cuprind „clauza compromisorie”, astfel cum este prevăzută de art. 272 TFUE. Absența unei clauze de acest gen ar atrage aplicabilitatea art. 274 TFUE, care acordă jurisdicțiilor naționale competența materială în privința litigiilor în care Uniunea Europeană poate fi parte. În ceea ce privește răspunderea extracontractuală, instanțele UE sunt competente material chiar și în lipsa acordului expres al părților în litigiu, având ca temei exclusiv art. 268 și art. 340 alin. (2) TFUE.

Prin urmare, pentru a determina competența materială în temeiul art. 268 TFUE, instanța unional-europeană trebuie să stabilească dacă pretențiile reclamantului au izvor contractual sau extracontractual. Mai precis, instanțele UE „trebuie să examineze, în cadrul analizei reglementărilor aplicabile în cauză, precum, de exemplu, regula de drept ce se presupune a fi încălcată, natura prejudiciului pretins, comportamentul ilegal al pârâtului și raportul juridic dintre părțile în cauză, adică dacă există între acestea un cadru contractual propriu-zis, relativ la obiectul cauzei, a cărui examinare aprofundată se dovedește a fi indispensabilă în cauză. Dacă, printr-o analiză preliminară a acestor chestiuni, se dovedește a fi necesară interpretarea a unul sau mai multe contracte încheiate între părțile în cauză, pentru a se stabili dacă pretențiile reclamantului sunt întemeiate, instanțele unional-europene trebuie să stopeze examinarea cauzei și să declare lipsa de competență, datorată lipsei clauzei compromisorii din conținutul

contractelor sus-menționate, în aplicarea art. 272 TFUE”⁶. Menționarea, cu caracter general, a regulilor de drept sau a principiilor, care nu sunt precizate expres în cuprinsul contractului, dar care au efect de constrângere asupra părților, nu pot schimba natura contractuală a litigiului, deoarece, în caz contrar, natura litigiului și, implicit, competența instanțelor unional-europene, ar depinde de regulile invocate de părți⁷.

4. Răspunderea extracontractuală în lipsa unui act sau fapt juridic ilegal: cauza FIAMM⁸

În soluționarea cauzelor având ca obiect repararea prejudiciilor cauzate de Uniune sau de agenții săi, caracterul ilegal al actelor sau faptelor acestora au constituit elementul central al regimului de răspundere extracontractuală în condițiile art. 268 și 340 alin. (2) TFUE. Totuși, se pune problema unei potențiale răspunderi extracontractuale a UE, având ca temei o acțiune sau un fapt ale instituțiilor perfect licite, ce poartă, în doctrină, denumirea de răspundere fără culpă. În jurisprudența mai veche a Curții, problema nu a fost lămurită în totalitate, preferându-se o abordare de genul „în situația în care principiul răspunderii UE pentru un act legal va fi recunoscut de dreptul unional-european, o precondiție a acestei răspunderi atipice va fi, în orice caz, un prejudiciu „neobișnuit” și „special”⁹. Prin urmare, nu este foarte clar în ce măsură un atare principiu a fost recunoscut în dreptul UE până la data de 14 decembrie 2005, când Tribunalul de Primă Instanță a pronunțat cinci hotărâri conexe, care au consacrat, pentru prima dată, o atare regulă, în cauza ce poartă denumirea generică de *FIAMM*. Două dintre aceste hotărâri au fost atacate în fața Curții de Justiție care, prin hotărârea din 9 septembrie 2008, a stabilit că „Tribunalul a comis o eroare de drept consacrand în cadrul hotărârilor atacate existența unui regim al răspunderii extracontractuale a Comunității determinate de exercitarea licită de către aceasta a activităților care intră în sfera normativă”¹⁰. Din acest punct de vedere, s-a consolidat, pe această cale, regimul european al răspunderii extracontractuale izvorâte dintr-un act sau fapt ilegal, fiind exclusă, în același timp, orice posibilitate de invocare a acestei răspunderi în caz de legalitate a actelor sau faptelor Uniunii. Mai mult decât atât, această concluzie a fost exclusă din raționamentul Curții și prin analizarea regimurilor similare a răspunderii extracontractuale (delictuale) astfel cum sunt reglementate în sistemele de drept ale Statelor-membre. În acest context, Curtea de Justiție a statuat că „în stadiul actual al dreptului UE nu există un regim al răspunderii care să permită angajarea răspunderii Uniunii ca urmare a unui comportament care intră în sfera competenței normative a acesteia într-o situație în care eventuala neconformitate a unui astfel de comportament cu acordurile OMC nu poate fi invocată în fața instanței unional-europene. [...] Curtea a constatat că, în stadiul actual, dreptul UE nu prevede un regim care să permită invocarea răspunderii Comunității ca urmare a unui comportament normativ al acesteia din urmă într-o situație în care eventuala

⁶ CJUE, hotărârea din 19 aprilie 2013, în cauza *Comisia c. Systran & Systran Luxembourg*, nr. C-103/11 P, ECLI:EU:C:2013:245, par. 66-67.

⁷ K. Lenarts, I. Maselis, K. Gutman, *op. cit.*, p. 485.

⁸ CJCE, hotărârea din 9 septembrie 2008, *supra*, nota nr. 4.

⁹ CJCE, hotărârea din 15 iunie 2000, în cauza *Dorsch Consult c. Consiliul și Comisia*, nr. C-237/98, ECLI:EU:C:2000:321, par. 18; din 19 aprilie 2013, în cauza *Comisia c. Systran & Systran Luxembourg*, nr. C-103/11 P, ECLI:EU:C:2013:245, par. 66-67.

¹⁰ CJCE, hotărârea din 9 septembrie 2008, *supra*, nota nr. 4, par. 179.

neconformitate a unui astfel de comportament cu Acordurile OMC nu poate fi invocată în fața instanței unional-europene.”¹¹.

În aparență, deși soluția oferită de CJUE în cauza *FIAMM* și jurisprudența subsecventă exclud din start orice răspundere extracontractuală a UE pentru acte sau fapte cu caracter legal, aceasta totuși cunoaște un început de recunoaștere, prin precizarea din hotărârea sus-citată, conform căreia aceasta se referă doar la „stadiul actual al dreptului UE” și, într-o măsură mai largă, la contextul unei neconformități ale comportamentului instituțiilor și agenților europeni cu Acordurile OMC și activitatea lor „legislativă”. În concluzie, rămâne de văzut în ce măsură instanțele Unional-Europene își vor revizui poziția, în jurisprudența viitoare.

5. Acțiunea în îmbogățire fără justă cauză (*de in rem verso*) în jurisprudența CJUE: cauza *Masdar*¹²

În ciuda celor expuse în secțiunea anterioară, Curtea de Justiție a Uniunii Europene nu a exclus în totalitate posibilitatea invocării răspunderii extracontractuale în lipsa unui comportament ilegal; astfel, în analogie cu regulile dreptului civil aferente domeniului faptei licite ca izvor de obligații, CJUE, în cauza *Masdar*, a arătat că această formă de răspundere se poate întemeia și pe o acțiune în îmbogățire fără justă cauză (acțiune *de in rem verso*, conform teoriei dreptului civil¹³). Cum, în sistemele naționale de drept ale Statelor-membre, un comportament licit poate constitui un izvor de obligații extracontractual, ar fi incorect ca ordinea juridică a Uniunii Europene să fie lipsită de aplicarea unor principii similare, pentru situațiile în care o persoană fizică sau juridică pretinde că Uniunea însăși s-a îmbogățit, pe nedrept, în detrimentul său. Mai mult decât atât, în condițiile în care orice obligație izvorâtă dintr-o îmbogățire fără justă cauză este, prin natura sa, extracontractuală (sau cvasicontractuală, în dreptul civil român), se impune ca o acțiune în repararea prejudiciului produs într-un atare context să poată fi întemeiată pe art. 268 și art. 340 alin. (2) TFUE. Curtea constată că, totuși, această acțiune nu s-ar integra în sensul strict al regulilor impuse prin dispozițiile sus-menționate, deoarece, în acest caz, se exclude necesitatea probării comportamentului ilegal, sau chiar a oricărui „comportament” al agenților sau ale instituțiilor UE, fiind necesară și suficientă doar probarea producerii îmbogățirii pârâtului, pentru care nu există niciun temei legal, și a însărăcirii reclamantului, cauzată tocmai de această îmbogățire¹⁴.

În ciuda acestor aspecte, Curtea a hotărât că posibilitatea de a formula o acțiune pentru îmbogățire fără just temei împotriva Uniunii nu poate fi eliminată pentru niciun reclamant numai pe motiv că Tratatul UE nu au prevăzut în mod expres o atare acțiune și/sau mijloacele procedurale de formulare a sa. *Per a contrario*, în ipoteza în care art. 268 și art. 340 alin. (2) TFUE ar fi exclus, în mod expres, posibilitatea unei acțiuni de acest tip, o asemenea reglementare ar fi fost contrară principiului protecției jurisdicționale efective, consacrat în jurisprudența CJUE și confirmat prin art. 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

¹¹ CJCE, hotărârea din 9 septembrie 2008, *supra*, nota nr. 4, par. 176, 188.

¹² CJCE, hotărârea din 16 decembrie 2008, cauza *Masdar (UK) Ltd c. Comisia*, nr. C-47/07 P, ECLI:EU:C:2008:726.

¹³ Pentru detalii cu privire la îmbogățirea fără justă cauză și acțiunea *in rem verso* în dreptul românesc, a se vedea: C. Turianu, A. Duțu, *Drept civil. Compendiu*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 375 și urm.

¹⁴ CJCE, hotărârea din 16 decembrie 2008, *supra*, nota nr. 11, par. 49.

Revenind la contextul jurisprudenței *Masdar*, în speță, reclamantul a pretins repararea unui prejudiciu în temeiul art. 269 și art. 340 alin. (2) TFUE, invocând în același timp și principiul *negotiorum gestio* (gestiunea de afaceri din dreptul civil român). În hotărârea Tribunalului de Primă Instanță, acesta a arătat că, asemănător cu soluțiile jurisdicționale pronunțate pentru îmbogățirea fără justă cauză, și o acțiune întemeiată pe *negotiorum gestio* ar putea fi, în principiu, admisă pe baza acelorași reguli aplicabile acțiunii în răspundere extracontractuală a Uniunii, chiar dacă nu sunt îndeplinite condițiile cu privire la nelegalitatea comportamentului instituțiilor sau agenților UE. Totuși, se arată în hotărârea primei instanțe, condițiile unei asemenea acțiuni nu au fost respectate, drept pentru care aceasta este respinsă¹⁵. Pronunțându-se în recurs, Curtea de Justiție a constatat că nu este necesar a se determina dacă Tribunalul a calificat corect natura juridică a acțiunii întemeiată pe gestiunea de afaceri, în condițiile în care argumentele reclamantului nu pot fi susținute¹⁶.

6. Autonomia acțiunii în răspundere extracontractuală

Autonomia acestui mijloc de reparare a prejudiciului creat de comportamentul Uniunii Europene și/sau al agenților ei a fost confirmată, paradoxal, în jurisprudența CJUE, prin interconexiunile dintre aceasta și contenciosul în anulare și carență. Astfel, prima decizie în care s-a făcut referire la un atare caracter autonom a fost hotărârea pronunțată în cauza *Plaumann*¹⁷, în cadrul căreia Curtea a arătat că „în condițiile în care decizia atacată nu a fost anulată, actul administrativ respectiv nu poate constitui izvorul prejudiciului suferit de reclamant, iar aceștia nu pot solicita acordarea de daune-interese având ca temei acest act”. Această problemă a fost ridicată în contextul unei acțiuni în anulare (art. 263 TFUE), la momentul analizării condițiilor de admisibilitate extrem de stricte pentru reclamantii neprivilegiați.

Ulterior, în cadrul soluționării unei acțiuni în carență (constatarea abținerii de a acționa), în cauza *Lutticke* sus-menționată, Curtea de la Luxembourg a recunoscut, pentru prima dată în mod expres, caracterul autonom al acțiunii în răspundere extracontractuală. Astfel, în speță, o societate comercială germană solicită obligarea Comunităților Europene la repararea unui prejudiciu suferit în urma nerealizării de către Comisie a măsurilor necesare, prin care Germania ar fi trebuit să elimine anumite taxe. În apărare, Comisia a arătat că admiterea unei asemenea acțiuni ar duce la desființare limitelor procedurale ale acțiunii în carență. Curtea a constatat însă că acest pericol nu există, în condițiile în care acțiunea în răspundere extracontractuală cunoaște un caracter autonom și, în plus, chiar dacă aceasta ar avea aceleași consecințe precum acțiunea în carență, un atare motiv nu este suficient pentru a elimina contenciosul în răspundere extracontractuală.

În fine, autonomia acestei acțiuni față de acțiunea în anulare a fost tranșată definitiv prin hotărârea pronunțată în cauza *Zuckerfabrik Schoepfenstedt*¹⁸, în cadrul căreia Curtea

¹⁵ TPI, hotărârea din 16 noiembrie 2006, cauza *Masdar (UK) Ltd. c. Comisia*, ECLI:EU:T:2006:348, par. 91-104.

¹⁶ CJCE, hotărârea din 16 decembrie 2008, *supra*, nota nr. 11, par. 66-69.

¹⁷ CJCE, hotărârea din 15 iulie 1963, cauza *Plaumann c. Comisia*, nr. 25/62, ECLI:EU:C:1963:17.

¹⁸ CJCE, hotărârea din 2 decembrie 1971, cauza *Zuckerfabrik Schoepfenstedt c. Consiliu*, nr. 5/71, ECLI:EU:C:1971:116.

a statuat că, pentru repararea unui prejudiciu, nu se mai impune anularea prealabilă a actului ce constituie sursa acestuia. În speță, o societate comercială solicita repararea unui prejudiciu suferit în urma deciziei Consiliului de adoptare a regulamentului nr. 769/68/CEE¹⁹, prin care se stopau măsurile necesare în vederea compensării diferenței dintre prețul intern al zahărului și prețurile valabile de la data de 1 iulie 1968. Consiliu susținea că acțiunea nu avea, în concret, ca obiect repararea unui prejudiciu cauzat prin culpa sa, ci, de fapt, se urmărea eliminarea efectelor juridice ale actului atacat. Prin urmare, în opinia Consiliului, cauza avea ca obiect eludarea, în mod indirect, a limitei impuse prin ex-art. 173 alin. (2) TCEE (devenit, în prezent, art. 263 TFUE), care nu prevedea posibilitatea ca particularii – persoane fizice sau juridice – să solicite Curții de Justiție anularea unui regulament. Însă instanța unional-europeană a arătat, în hotărâre, faptul că acțiunea în răspundere extracontractuală a fost creată ca o acțiune autonomă, având o funcție particulară în cadrul sistemului contenciosului UE. Mai mult decât atât, a arătat Curtea, aceasta se diferențiază de acțiunea în anulare prin faptul că nu are ca scop eliminarea măsurii în cauză, ci repararea prejudiciului cauzat de o instituție în exercitarea funcțiilor sale²⁰.

De precizat că și această autonomie, confirmată, cum am arătat, în jurisprudența CJUE, cunoaște limitele sale. Însă atunci când scopul reclamantului pare a fi „ocolirea” exigențelor procedurale impuse de Tratat pentru alte acțiuni ale contenciosului unional-european, în special acțiunea în anulare, dar în aceeași măsură și acțiunea în carență, Curtea consideră că acțiunea în răspundere extracontractuală trebuie respinsă. Relevantă în acest sens este hotărârea pronunțată în cauza *Krohn*²¹, dar și jurisprudența ulterioară dezvoltată pe baza acesteia; trebuie subliniat, însă, că avem de-a face cu o situație de excepție, deci, de strictă interpretare, care, în opinia Curții, se aplică numai dacă „o acțiune în despăgubiri urmărește plata unei sume care corespunde exact drepturilor achitate de către reclamante în executarea unei decizii individuale și, în consecință, prin această acțiune se urmărește, practic, retragerea deciziei individuale”²². În același context, Tribunalul precizează că „în cazul în care acțiunea în despăgubiri are, în realitate, ca obiect retragerea unei decizii individuale devenite definitivă, avem de-a face cu o deturnare de procedură, acțiunea nefiind admisibilă”²³.

Ca o primă concluzie, putem afirma, pe bună dreptate, că instanțele unional-europene sunt obligate să verifice din oficiu, în fiecare speță, dacă părțile nu intenționează, de fapt, să utilizeze acțiunea în răspundere extracontractuală pentru eludarea regulilor foarte stricte aferente altor acțiuni. Totuși, o atare abordare precaută nu amenință sub nicio formă autonomia acestei acțiuni, fapt care nu exclude conexarea cauzelor având obiective distincte, precum anularea unui act sau obținerea de despăgubiri, fiind posibilă, întotdeauna, disjungerea ulterioară a acestora.

¹⁹ Adoptat la 18 iunie 1968, publicat în JOCE nr. L 143 din 25 iunie 1968.

²⁰ CJCE, hotărârea din 2 decembrie 1971, *supra*, nota nr. 18, par. 11.

²¹ CJCE, hotărârea din 26 februarie 1986, cauza *Krohn & Co. c. Comisia*, nr. 175/84, ECLI:EU:C:1987:8

²² CJCE, hotărârea din 26 februarie 1986, *supra*, nota nr. 21, par. 33

²³ TPICE, hotărârea din 27 iunie 2000, cauza *Meyer c. Comisia*, nr. T-72/99, ECLI:EU:T:2000:170, par. 36.

7. Concluzii

Aceste succinte considerații cu privire la acțiunea în răspunderea extracontractuală, specifică dreptului Uniunii Europene, implică o serie de concluzii, pe care le vom expune în brief; în primul rând, sub aspect material, avem de-a face cu o formă originală de răspundere, declarată ca atare în jurisprudența sus-citată a instanțelor de la Luxembourg, fapt care nu elimină însă și importanța reglementării acestei instituții în sistemele de drept ale Statelor-membre. Mai mult decât atât, Curtea a recunoscut, în același timp, că acestea servesc drept „inspirație” pentru conturarea și consacrare acestei forme de răspundere, subliniind, de asemenea, că nu constituie un izvor concret al acesteia.

În al doilea rând, sub aspect procedural, instanța unional-europeană s-a confruntat cu varii dificultăți, de la stabilirea competenței sale efective de a soluționa asemenea acțiuni, și până la autonomia propriu-zisă a acestora, în contextul dispozițiilor Tratatelor care și de această dată s-au dovedit a fi insuficiente. Astfel, cum se întâmplă de cele mai multe ori în cazul dreptului UE, Curtea de la Luxembourg și-a asumat un rol creator și în această materie, stabilind, prin jurisprudența sa, un regim consolidat al acțiunii în răspundere extracontractuală. Însă, bineînțeles, dat fiind specificul domeniului pe care l-am exprimat și în aceste rânduri, este greșit să considerăm că evoluțiile ulterioare ale jurisprudenței CJUE nu vor dezvălui noi valențe și noi dimensiuni ale acestui domeniu, fundamental pentru orice sistem de drept.

FINALITATEA RĂSPUNDERII CIVILE DELICTUALE. REPARAREA PREJUDICIULUI

*Florin Octavian BARBU**

Abstract:

The Romanian legislator held the legal framework regarding the environmental protection, the State recognizing besides other duties stipulated by the Constitution, and the right of every person to a healthy and balanced environment correlative with the obligation of persons and legal entities to protect the environment.

The damage to the environment giving rise to liability are: the environmental damage, the damage on the protected species and natural habitats, and to any imminent threat of such damage, the environmental damage or an imminent threat of such damage caused by diffuse pollution, until it can determine causal connection.

If for the civil liability in the common law, the damage must be direct and certain, this is different in the field of the environment, because otherwise the damage can be removed and consist in a chronic pollution build-up or diffuse, hence the interest of specialists in this field to classify the various claims of pollution in several categories, namely: ecological isolated damage, ecological collective damage, ecological damage caused to the planet.

In order for the civil liability to be held on in tort is necessary to meet the following cumulative conditions: the existence of injury, wrongful acts, causal link between the injury and the illegal act, the existence of the guilt of the one who has caused the damage, but art. 95 para. 1 of G.O. No. 195/2005 provides that the liability for the environmental damages is objective, without fault and solitary in case of the plurality of the authors.

The repair of the damage as result of Annex 2 of G.O. No. 68/2007 can be achieved through three ways: primary repair, complementary repair, and compensatory repair.

Keywords: *ecological damage, civil liability, primary repair, damage, environmental protection*

Problematica răspunderii civile delictuale trebuie analizată într-un context dinamic, evolutiv, ținând cont de tot ceea ce înseamnă actualitate socială. Privită inițial prin prisma funcției sale sancționatorii, răspunderea civilă delictuală a reclamat și reclamă noi tendințe în ceea ce privește finalitatea sa. Din rațiuni practice s-a pus în discuție repositiionarea răspunderii civile delictuale, nu în raport de autorul faptei ilicite, ci de persoana prejudiciată de pe urma ilicitului civil¹. Astfel, centrul de greutate al răspunderii civile delictuale îl reprezintă victima faptei ilicite, principala persoană interesată de soluționarea diferendului civil fiind aceasta². Tot în acest sens, se impune restructurarea

* Avocat, Baroul Dâmbovița; doctorand la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Academia Română; e-mail: florin_octavian2000@yahoo.com.

¹ Denisa Barbu, *Drept procesual penal. Partea generală*, Ed. Lumen, Iași, 2016, pp. 102-103.

² Ion Dogaru, Pompil Drăghici, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 309.

ierarhică a funcțiilor răspunderii civile delictuale. Plecând de la premisa asumată că pilonul central al răspunderii delictuale îl reprezintă persoana prejudiciată prin fapta ilicită, apreciez că funcția reparatorie a răspunderii dobândește în mod corelativ teren în detrimentul funcției sancționatorii a acesteia.

Plecând de la aceste perspective doctrinare în materie, răspunderea civilă delictuală se înfățișează ca fiind de o importanță fundamentală în zona dreptului privat. Mai mult decât atât, tehnologizarea sporită a diferitelor domenii de activitate, regăsită pe întreg teritoriul țării, presupune noi riscuri de activitate care, la rândul lor, generează o pluralitate de ipoteze în care se poate încadra scheletul răspunderii civile delictuale. În acest context, materia răspunderii delictuale reclamă o cunoaștere aprofundată, necesară în vederea rezolvării posibilelor diferende ce se pot ivi în practică.

De asemenea, abordarea legislativă recentă în materie impune realizarea unei delimitări clare între răspunderea contractuală și cea delictuală³. Prezentarea integrată a răspunderii în actualul Cod civil generează nevoia de a distinge între cele două forme ale răspunderii, dat fiind faptul că fiecare dintre acestea prezintă elemente proprii de specificitate. Privite ca un drept comun în materie de răspundere civilă, normele care constituie fundamentul legislativ al răspunderii delictuale urmează a completa materia răspunderii contractuale ori de câte ori acestea din urmă sunt insuficiente. Se poate observa astfel că o cunoaștere temeinică a instituției răspunderii delictuale servește nu numai în zona extracontractuală, ci și în ceea ce privește zona raporturilor contractuale.

Industrializarea care a marcat debutul secolului XX și care s-a perpetuat și în zilele noastre a dat naștere unor noi forme de răspundere, fundamentate pe teorii centrate pe repararea prejudiciului, și nu pe sancționarea conduitei culpabile. Pe cale de consecință, s-a impus delimitarea răspunderii civile delictuale de drept comun de specii ale acesteia precum: răspunderea pentru daunele ecologice (în această zonă mergându-se chiar mai departe și punându-se problema unei răspunderi delictuale preventive⁴), malpraxisul medical etc.

Tot ca un aspect de noutate în materie, legiuitorul actual s-a îndepărtat de concepția subiectivă care guverna materia răspunderii civile delictuale, fiind preocupat de a reglementa ipoteze obiective de răspundere, independente de culpă. Astfel, regăsim în actualul Cod civil o singură ipoteză de răspundere civilă delictuală care se întemeiază pe culpă (răspunderea civilă delictuală pentru fapta proprie), pentru restul ipotezelor de răspundere fiind indiferentă culpa în analiza condițiilor de operabilitate (spre exemplu: răspunderea delictuală pentru lucruri, pentru ruina edificiului etc.). În acest context, culpa nu mai poate constitui cheia de boltă în analiza condițiilor necesar a fi îndeplinite pentru a se angaja răspunderea civilă delictuală, acest loc fiind preluat de prejudiciu, acesta înfățișându-se ca o veritabilă condiție *sine qua non* pentru admiterea acțiunii în răspundere⁵.

Numeroasele acțiuni judiciare care au drept cauză a cererii instituția răspunderii civile delictuale necesită o tratare aprofundată a materiei. Prin urmare, sistemul judiciar

³ *Ibidem*, p. 310.

⁴ Mircea Duțu, Andrei Duțu, *Răspunderea în dreptul mediului*, Ed. Academiei Române, București, 2015, p. 119-123.

⁵ C. Stătescu, C. Bârsan, *Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 115.

se întâlnește frecvent cu astfel de acțiuni ce au ca obiect repararea prejudiciului în materie delictuală, ceea ce presupune o analiză temeinică a tuturor condițiilor de operabilitate a răspunderii.

Prejudiciul produs trebuie să fie cert, atât sub aspectul existenței, cât și sub aspectul întinderii sale, de unde a rezultat ideea în practica judiciară, că sunt inadmisibile cererile de despăgubiri simbolice, considerându-se că astfel nu este îndeplinită condiția prejudiciului cert sub aspectul existenței sale.

Menționăm că răspunderea civilă delictuală este solidară conform dispozițiilor art. 1382 C. civ. „*cei care răspund pentru o faptă prejudiciabilă sunt ținută solidar la reparație față de cel prejudiciat*”, iar conform dispozițiilor art. 1383 C. civ. „*între cei care răspund solidar, sarcina reparației se împarte proporțional în măsura în care fiecare a participat la cauzarea prejudiciului... iar dacă această participare nu poate fi stabilită, fiecare va contribui în mod egal la repararea prejudiciului*”, principalele efecte ale solidarității codebitorilor constând în unicitatea datoriei și pluralitatea debitorilor⁶.

Datorită faptului că legea nu definește în cuprinsul său o serie de noțiuni ca dezastru, risc major, referindu-se doar la efectul cuantificabil în cost al daunelor, se pune întrebarea dacă celelalte situații juridice sunt lăsate în afara posibilității de a-și găsi rezolvarea prin mijloacele puse la dispoziție chiar de actul normativ în discuție, adică răspunderea civilă obiectivă fără culpă.

Din cele relatate mai sus, rezultă că repararea prejudiciului este o problemă care nu poate fi tratată în mod unitar, datorită specificului pe care îl prezintă dauna ecologică și sfera de cuprindere a acesteia față de dreptul comun.

Dacă în dreptul comun, prejudiciul este definit⁷ ca fiind rezultatul sau consecința negativă suferită de o anumită persoană ca urmare a faptei ilicite săvârșite de o altă persoană, ori ca urmare a faptei unui lucru sau animal pentru care persoana este ținută să răspundă, iar principiul de bază este acela al restabilirii situației anterioare, atunci când este vorba despre distrugerea echilibrelor ecologice, dauna fiind ireversibilă neputând fi acoperită în natură.

Prejudiciul poate fi unul actual, dar și unul viitor, dacă se demonstrează că este cert sub aspectul existenței și al întinderii⁸.

Nu se poate pune în discuție un prejudiciu eventual, a cărui producere nu este sigură⁹.

În ceea ce privește certitudinea prejudiciului, un alt aspect deosebit se referă la pierderea unei șanse de a realiza un câștig sau a evita o pierdere¹⁰.

Astfel, „*se vor putea acorda despăgubiri și pentru un prejudiciu viitor dacă producerea lui este neîndoielnică*”¹¹.

⁶ Denisa Barbu, *Controverse în jurisprudența cu privire la rezolvarea acțiunii civile în procesul penal*, în curs de apariție.

⁷ C. Stătescu, C. Bârsan, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Academică a RSR, București, 1989, p. 100.

⁸ N. Volonciu, Andreea Simona Uzlău ș.a., *Noul Cod de procedură penală comentată*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 63.

⁹ Denisa Barbu, *Some aspects concerning the civil action in the criminal proceedings*, Lumen, 2015, p. 123-130.

¹⁰ *Ibidem*, art. 1385 alin. (4) C. civ.

¹¹ Conform art. 1385 alin. (2) C. civ.

Practica judiciară și doctrina au stabilit o serie de reguli privind aplicarea principiului reparării integrale a prejudiciului material și moral, și anume: întinderea reparației trebuie să coincidă cu întinderea prejudiciului¹², ceea ce înseamnă că despăgubirea acordată victimei va acoperi atât pierderea suferită de aceasta (dauna directă), cât și beneficiul nerealizat (dauna indirectă), precum și cheltuielile făcute pentru evitarea sau limitarea prejudiciului; în stabilirea întinderii despăgubirilor nu se va lua în considerare situația materială a victimei sau a autorului prejudiciului, aceste elemente urmând a fi luate în calcul, eventual, doar la modalitatea de plată a despăgubirilor¹³; forma și gradul de vinovăție nu se iau în clacul, în principiu, la stabilirea cuantumului despăgubirilor, instituind răspunderea autorului chiar și pentru culpa cea mai ușoară¹⁴.

Plecând de la prejudiciu și continuând cu fapta ilicită, legătura de cauzalitate și încheind, acolo unde este cazul, cu imputabilitatea faptei, prezenta analiză își propune să deslușească tainele răspunderii, cu o privire deosebită asupra elementelor de noutate în materie, precum și a celor care necesită corijări legislative.

Oricât de gravă ar fi o faptă ilicită, răspunderea civilă delictuală nu poate interveni dacă nu s-a produs un prejudiciu cuiva. Mai mult, răspunderea civilă delictuală se reduce la repararea pagubelor cauzate. De aici, ajungem la concluzia că prejudiciul este nu numai condiția răspunderii, dar și măsura ei, în sensul că autorul răspunde numai în limitele prejudiciului cauzat¹⁵. Astfel, în dreptul comun nu se poate pune problema reparației în afara prejudiciului direct și cert, însă în dreptul mediului lucrurile stau în mod diferit, deoarece originea prejudiciului poate să fie îndepărtată, iar certitudinea acestuia să nu poată fi aproximată, ceea ce a impus clasificarea diferitelor daune ale poluării în mai multe categorii, și anume¹⁶: dauna ecologică izolată, dauna ecologică colectivă, dauna ecologică cauzată planetei.

Noul Cod civil tratează pe larg materia reparării prejudiciului, acordându-i acesteia numeroase texte de lege, lucru salutar în speranța unei eventuale stabilități legislative. Se pare că legiuitorul din 2009 a înțeles importanța prejudiciului în analiza de ansamblu a materiei răspunderii, reglementând în amănunt caracterele necesare acestuia pentru a fi supus reparației, precum și anumite metodologii de reparare a acestuia în cazuri concrete, cum ar fi, spre exemplu, repararea prejudiciului în caz de deces sau de pierdere a capacității de muncă. Din aceste motive, și nu numai, repararea prejudiciului dobândește noi valențe teoretice și practice, ceea ce presupune o aprofundare detaliată a materiei.

¹² CSJ, S. civ., dec. nr. 1720/1991, în B.J. 1990-2003, Ed. All Beck, București, 2004, p. 299.

¹³ CSJ, S. civ., dec. nr. 747/1992, în *Probleme de drept din deciziile CSJ*, Ed. Orizonturi, București, 1992, p. 92-93.

¹⁴ Art. 1357 alin. (2) C. civ.

¹⁵ M.F. Popa, în I. M. Anghel, Fr. Deak, *Răspunderea civilă*, Ed. Științifică, București, 1970, p. 81.

¹⁶ Ion Dogaru, Pompil Drăghici, *op. cit.*, p. 482.

EVOLUȚII CONTRADICTORII ÎN DREPTUL EUROPEAN AL CONTRACTELOR

*Sache NECULAESCU**

Abstract:

Building a single market is the main objective of European construction. Although in development, cross-border contracts are still governed by principles and rules of obsolete law, that is why contract law codification perspective represents an exciting debate today. Contract law codification projects and in particular European contract law principles, initiated by Lando Commission, are the main field of confrontation between the supporters and the opponents of the codification of private law. Even the most enthusiastic supporters of the Napoleon Code are forced to conclude that the autonomy of will, as imposed in law by the liberal philosophy, is an old concept today and that individualism must give way to another type of concept on contract, the solidarist one, that can put emphasis on the principle of good faith in concluding and implementing it, on the parties' obligation to minimize the loss suffered by breach of contract, on the admissibility of contract review for unpredictability, on a new conception of lesion in contracts, on the obligation of contract re-negotiation, on the recognition of unilateral termination of the contract and all these in the name of a new contract ethics meant to limit individual will power.

Without legal sanction, being a purely doctrinal work, they increasingly become evident on the national level, being taken over by new European encodings including our new Civil Code, recently enacted.

Keywords: *European contract law, the codification of European contract law, European harmonization of contract law*

1. Unitate în diversitate

Departa de a se fi constituit într-un corp de reglementări obligatorii, dreptul european al contractelor continuă să fie un drept virtual, reprezentat de câteva proiecte, precum Principiile dreptului european al contractelor (PECL), rod al inițiativei private lansate în anul 1975 de grupul de lucru condus de profesorul olandez Ole Lando, sau proiectul inițiat de privativişti de la Pavia, coordonați de profesorul Giuseppe Gandolfi, intitulat Codul european al contractelor, inspirat de Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri (CVIM), adoptată la Viena pe 11 aprilie 1980 și intrată în vigoare la 1 ianuarie 1988. Un alt reper important l-au constituit Principiile Unidroit (PU) privitoare la contractele comerciale internaționale finalizat în anul 1994. În aceeași preocupare, o comisie prezidată de profesorul german Christian von Bar a finalizat, în anul 2008, un proiect academic ambițios intitulat Cod civil european (CCE), idee încurajată și subvenționată de Uniunea europeană și de o serie de fundații.

* Prof. univ. emerit, Universitatea „Valahia” din Târgoviște; Cercetător științific de onoare, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: sache_neculaescu@yahoo.com.

Dacă la început, inițiativa supunerii contractelor internaționale unor reguli suprastatale a fost mai mult criticată decât acceptată, cu timpul, originalitatea soluțiilor avansate avea să le asigure vocația universalității.

La rândul lor, francezii, la început ostili oricărei codificări europene¹, au fost preocupați de propria reformă a obligațiilor, inițiind Anteproiectul de reformă a dreptului obligațiilor și al prescripției (Anteproiectul Catala), urmat de Proiectul de reformă a dreptului contractelor, elaborat de François Terré. Concomitent, sub egida Societății de legislație comparată și a Asociației Henri Capitant a prietenilor culturii juridice franceze, universitarii conduși de Bénédicte Fauvarque-Cosson și Denis Mazeaud au elaborat două volume intitulate „Terminologia contractuală comună. Proiect de Cadru comun de referință” și „Principii contractuale comune”, menite să contribuie la armonizarea și simplificarea limbajului juridic în spațiul european.

Nevoia unei terminologii juridice comune în dreptul contractelor este cu atât mai necesară astăzi, când pe piața juridică a codificării europene există o ofertă mai bogată ca oricând. Lipsește însă limbajul neutru care să exprime gândirea juridică tot mai omogenă, într-un context plurilingvistic, în care fiecare limbă a statelor membre UE, este egală cu celelalte. Din păcate, limba latină, atât de expresivă și de concisă, sursa ultimă a ceea ce numim *ius commune* în Europa, ține de istoria dreptului, iar principiile dreptului roman, fixate în adagii care dau culoare discursului juridic, sunt tot mai rar invocate. Circulația termenilor de la un sistem juridic la altul, de la un cod civil la altul, întâmpină astăzi dificultăți majore în traducerea termenilor juridici, prin ceea ce este numită astăzi neologia traductivă. În același timp, limba engleză invadează spațiul juridic european, propulsată, printre altele, de generalizarea informației prin Internet, cel care a creat un limbaj specific comunicării. Se poate spune, așadar, că unitatea proiectelor de codificare a dreptului contractelor privește doar orientările de principiu, în timp ce reglementările propriu-zise sunt încă mult prea diferite pentru a se aspira la o reglementare unitară.

2. Soluții juridice neunitare în dreptul european al contractelor

Proiectul de elaborare a unor principii comune aplicabile contractelor europene este îngreunat de o serie de opțiuni diferite privind aspecte importante ce țin de configurația contractului în general.

Recenta modificare adusă Codului civil francez prin Ordonanța din 10 februarie 2016 privind reforma dreptului contractelor, regimul general și de probă a obligațiilor, intrată în vigoare la 1 octombrie 2017 reprezintă, fără îndoială, un reper important pentru întreaga mișcare de unificare a dreptului contractelor. Această reformă vine să revigoreze Codul Napoleon, cel care a constituit model pentru multe sisteme de drept europene, printre care și al nostru, în încercarea de a-i reface atractivitatea, într-o competiție tot mai dură pe piața europeană a codificării, în care sistemul common law s-a impus tot mai mult prin pragmatismul soluțiilor sale. Reforma a urmărit, atât simplificarea reglementărilor aplicabile contractelor și a celorlalte izvoare de obligații, cât mai ales, impunerea unei noi filozofii a contractului, în care imperativul justiției contractuale surclasează voința suverană a părților, în preocuparea de a proteja partea mai slabă a contractului.

¹ B. Fauvarque-Cosson, *Faut-il un Code civil européen?*, în RTD civ. 2002, p. 463.

Cum Codul civil francez a constituit modelul cel mai important pentru Codul nostru civil de la 1864 în materia contractului, dar și un reper fundamental pentru întreaga noastră spiritualitate juridică, o privire comparativă a soluțiilor juridice avansate de cele două codificări, privite în contextul mai larg al celorlalte recodificări sau proiecte de codificare ale dreptului contractelor, este mai utilă ca oricând.

2.1. Clasificarea izvoarelor de obligații

Semnalul de simplificare a reglementărilor aplicabile contractului și a celorlalte surse de obligații, pe care îl dă modificarea franceză a obligațiilor și a dreptului aplicabil contractelor, rezultă din însăși sistematizarea izvoarelor de obligații. Potrivit Ordonanței, sursele obligațiilor sunt *actele juridice, faptele juridice*, precum și *legea*, la care se adaugă *executarea voluntară sau promisiunea executării unei îndatoriri de conștiință* față de altul (obligația naturală).

Această nouă clasificare a izvoarelor de obligații este preferabilă celei avansate de Codul nostru civil la art. 1165, potrivit căruia „obligațiile izvorăsc din *contract, act unilateral, gestiunea de afaceri, îmbogățirea fără justă cauză, plata nedatorată, fapta ilicită*, precum și din *orice alt act sau fapt de care legea leagă nașterea unei obligații*”. Cum se observă, în locul unei sistematizări a izvoarelor de obligații, care să evidențieze opțiunea noastră într-un subiect atât de discutat, Codul nostru civil nu face decât să le inventarieze. Și pentru a nu omite niciunul, se adoptă aceeași formulă finală de la art. 1372 C. civ. Quebec, adăugându-se la izvoarele clasice, „orice alt act sau fapt de care legea leagă nașterea unei obligații”, toate având ca model art. 1373 C. civ. italian. Or, cum bine se știe, atât contractul, izvorul principal de obligații, cât și actul juridic unilateral, sunt specii ale aceluiași gen, *actul juridic*, astfel că ele n-ar fi trebuit separate. La fel, celelalte izvoare (gestiunea de afaceri, îmbogățirea fără justă cauză, plata nedatorată, fapta ilicită), ar fi trebuit grupate în conceptul mai larg de *fapte juridice*². De aceea, credem că noua clasificare franceză ar putea constitui un model pentru întregul drept european al obligațiilor.

2.2. Reglementarea viciilor de consimțământ

Protecția juridică a consimțământului este esențială în formarea contractului. Soluțiile adoptate de legiuitor țin de o opțiune de principiu, în confruntarea dintre cele două mari imperative care guvernează astăzi contractul: securitatea tranzacțiilor și justiția contractuală. De la sacralizarea voinței părților și interzicerea oricărei intervenții a judecătorului, până la relativizarea ei, și impunerea a tot mai numeroase obligații celor care se leagă prin contract, se întinde o întreagă evoluție de moralizare a contractului. Deși sensul ei este comun, căile sunt încă diferite.

- Pentru a afecta validitatea contractului, toate viciile de consimțământ trebuie să aibă *caracter determinant*, ceea ce înseamnă că, în lipsa lor, contractul nu ar fi fost încheiat. În timp ce Codul civil francez modificat, instituie o asemenea condiție de principiu la art. 1130 alin. (1), potrivit căruia „eroarea, dolul și violența viciază consimțământul atunci când sunt de o asemenea natură încât, fără ele, una dintre părți nu

² Pentru detalii, a se vedea S. Neculaescu, *Izvoarele obligațiilor în Codul civil. Analiză critică și comparativă a noilor texte normative*, Ed. C.H. Beck, București, 2013.

ar fi contractat sau ar fi contractat în condiții substanțial diferite”, Codul nostru civil nu are o prevedere similară și nici nu impune o asemenea condiție niciunuia dintre vicii, deși, cel puțin în materia dolului, ea ar fi fost strict necesară. Doar în materia violenței, art. 1216 alin. (1) C. civ. dispune că „poate cere anularea contractului partea care a contractat sub imperiul unei temeri justificate induse, fără drept, de cealaltă parte sau de un terț”³. Or, faptul că partea a contractat „sub imperiul unei temeri”, nu este suficient pentru a evidenția caracterul determinant al constrângerii, cerință care ar fi trebuit explicit menționată, așa prevede art. 4:108 din Principiile Lando, potrivit căruia „o parte poate provoca nulitatea contractului atunci când cealaltă parte a *determinat* încheierea contractului prin amenințarea iminentă și gravă printr-un act care este în sine ilegal sau care este folosit ilegal pentru obținerea încheierii contractului ...”. Aceeași nuanțare o găsim și în Principiile Undroit.

• Cele mai numeroase obiecții le trezește reglementarea *violenței* ca viciu de consimțământ. Astăzi, nevoia de extindere a conceptului de violență este justificată tot mai mult, când încheierea contractului poate fi determinată de o serie de constrângeri și presiuni, exercitate, nu doar de conduita culpabilă a celeilalte părți, ci și de factori sau *împrejurări obiective*. În condițiile în care voința individuală este tot mai asaltată de factori externi, linia de demarcație între motivația internă a contractului și cea externă este tot mai greu de trasat. În cele două veacuri de evoluție, violența este departe de a se fi relaxat în relațiile dintre oameni. Așa cum remarcă un strălucit sociolog al dreptului, printr-un joc de cuvinte sugestiv, „violența de astăzi este mai puțin violentă”⁴. O regăsim metamorfozată în forme tot mai obscure, dar mai devastatoare, cum ar fi dominația economică, șantajul, intimidarea și tot cortegiul de constrângeri mai puțin aparente. Este un proces care, de multe ori, scapă observației curente, astfel că, așa cum se remarcă, „sub ochii noștri distrați, un edificiu colosal de violență tot mai rafinată este pe cale de a se impune”⁵. Este un proces care presupune reconsiderarea conceptelor clasice, printre care și violența ca viciu de consimțământ.

Un prim pas în această direcție îl face Ordonanța franceză, care reglementează *starea de dependență* la art. 1143, reținând că „există de asemenea violență atunci când o parte, abuzând de dependența celeilalte părți contractante, obține de la aceasta un angajament care nu ar fi fost dobândit în absența unei astfel de constrângeri și din care a dobândit un avantaj vădit excesiv”. Așa cum este formulat, textul pare să nu vizeze doar dependența economică, de vreme ce nu este expres invocată. Este motivul pentru care francezii au renunțat la starea de necesitate, așa cum era inițial redactat textul de la art. 1142 al Ordonanței⁶.

³ Textul „sub imperiul unei temeri justificate induse, fără drept, de cealaltă parte sau de un terț” este defectuos redactat. Pentru a evidenția că temerea este fără drept indusă, virgula trebuia pusă înainte (sub imperiul unei temeri justificate, impusă fără drept de cealaltă parte sau de un terț). O formulă preferabilă este cea de la art. 1140 din Ordonanța franceză, potrivit căreia „este violență atunci când o parte se angajează sub presiunea unei constrângeri care îi inspiră teama că persoana, averea sa ori a apropiaților săi vor fi expuse unui rău considerabil”.

⁴ J. Carbonnier, *Les obligations*, 22^e éd., Thémis, PUF, 2000, p. 107.

⁵ M. Rovinski, *La violence dans la formation du contrat*, thèse Aix-Marseille, 1987, p. 2.

⁶ Art. 1142. – Il y a également violence lorsqu’une partie abuse de l’état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l’autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n’aurait pas souscrit si elle ne s’était pas trouvée dans cette situation de faiblesse.

• *Destinatarii temerii* sunt diferit desemnați. Potrivit art. 1216 alin. (2) C. civ., „violența poate atrage anularea contractului și atunci când este îndreptată împotriva unei persoane apropiate, precum soțul, soția, ascendenții ori descendenții părții al cărei consimțământ a fost viciat”. O asemenea enumerare este mult prea restrictivă în raport cu art. 1140 C. civ. francez, modificat, în condițiile în care sintagma generică „persoane apropiate” lasă loc persoanelor logodite, partenerilor Pactului civil de solidaritate (PACS), persoanelor întreținute în fapt, precum și altor persoane între care există relații speciale. Spre exemplu, jurisprudența franceză a admis acțiunea în anulare pentru violență a unui contract încheiat cu o societate comercială, avându-se în vedere relația dintre persoana al cărei consimțământ a fost viciat și reprezentantul acelei societăți⁷.

• Cât privește *obiectul amenințării*, alin. (2) al art. 1216 C. civ. prezintă o enumerare a valorilor de la art. 30 din Codul elvețian al obligațiilor: „viața, persoana, onoarea sau bunurile”, ceea ce nu face mai puțin criticabilă. Această enumerare este, în egală măsură, inadecvată și inexactă. Este inadecvată, pentru că termenul „persoană” subsumează toate valorile personale ale acesteia, printre care viața și onoarea. Orice inventariere a acestor valori nu poate fi decât incompletă. Spațiul de vulnerabilitate al oricărui subiect de drept poate fi acoperit prin sintagma „persoana și bunurile sale”, exprimare însușită de Ordonanța franceză în art. 1140. Aceeași formulă este uzuală și în cadrul doctrinei de drept civil, fiind preluată atât de Codul civil din Quebec, la art. 1402, care are în vedere temerea unui prejudiciu serios ce poate aduce atingere „persoanei și bunurilor uneia dintre părți”, dar și de proiectele franceze de reformă a dreptului contractelor. Pe de altă parte, o asemenea enumerare a valorilor afectate, nu este doar exemplificativă, cum s-ar fi cuvenit, este și inexactă, pentru că nu doar valorile menționate pot fi afectate prin violență, ci și multe altele, cum ar fi demnitatea, imaginea, credibilitatea etc.

• O altă problemă de interpretare pe care o pune prevederea de la art. 1216 alin. (3) C. civ. este dacă noua reglementare privește doar persoana apropiată supusă violenței sau și *bunurile acesteia*. Cum, spre deosebire de prevederea de la alin. (2), cea care are în vedere atât persoana, cât și bunurile, textul alin. (3) privește doar persoanele apropiate, s-ar părea că *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Discuția nu este nouă, având în vedere că și art. 957 VCC privea doar violența exercitată asupra „soțului sau a soției, asupra descendenților și ascendenților”, nu și asupra averii acestora.

Deși au fost și autori care au interpretat restrictiv art. 957 C. civ., potrivit cărora victima violenței este „persoana, și nu averea ei”⁸, tendința doctrinei și a jurisprudenței a fost aceea de a include în obiectul amenințării și bunurile acestora, soluție de altfel consacrată de art. 1402 alin. (2) C. civ. Quebec și care se regăsește în art. 1140 C. civ. francez modificat.

⁷ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations. 2. Contrat*, 6^e éd., Ed. Litec, Paris, 1998, pp. 205-206.

⁸ L. Pop, *op. cit.*, p. 272, A. Hurbean, *op. cit.*, p. 211, H. Diaconescu, *Violența – viciu al voinței juridice și efectele ei în dreptul civil și penal, cu privire specială la sancțiunea juridică a acesteia*, Dreptul nr. 6/2003, p. 68.

În același sens, Codul civil italian prevede la art. 1436 alin. (1) că „violența este cauză de anulare a contractului și atunci când răul care face obiectul amenințării privește persoana sau bunurile unuia dintre soți sau ale unui descendent sau ascendent al lui”. La alin. (2) al aceluiași articol se prevede că „dacă răul care face obiectul amenințării privește alte persoane, anularea contractului este condiționată de o prudentă evaluare a circumstanțelor de către judecător”.

În raport de toate acestea, credem că formula la care s-a oprit art. 1140 C. civ. fr. modificat prin Ordonanța din anul 2016, este preferabilă.

- Cât privește leziunea în contracte, dacă extinderea ei și la contractele încheiate de majori corespunde nevoii de protecție împotriva dezechilibrului contractual, subordonarea acesteia condiției subiective ca partea să fi primit o prestație considerabil mai mare „profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți”, nu este de natură să apere eficient interesele victimei, în condițiile în care ea va fi ținută să probeze asemenea împrejurări⁹. Pe de altă parte, ne-am putea întreba ce este mai important în cazul leziunii: să desființăm un contract lezionar sau să-l remediem, restabilind echilibrul contractual? Răspunsul ni-l furnizează o regulă de interpretare a contractului văzut potrivit căreia *potius valeat quam ut pereat*, cea care ne cere ca orice contract să fie interpretat în sensul producerii de efecte, și nu în cel al desființării lor.

De aceea, găsim că reglementarea actuală a acesteia de la art. 1222 C. civ. este încă tributară concepției tradiționale privind sancționarea conduitei vinovate a cuiva, motiv pentru care ne raliem autorilor care promovează *concepția obiectivă despre leziune*, susținând că simplul dezechilibru evident între prestațiile părților trebuie considerat a fi leziune ce trebuie remediată¹⁰. Este, credem, sensul fundamental al evoluției dreptului civil, tot mai interesat de situația victimei care suportă un prejudiciu injust, și mai puțin preocupat de sancționarea conduitei prin care o astfel de situație a fost creată. A condiționa sancțiunea actului lezionar de identificarea și probarea unei vinovății a celui care a profitat de o prestație vădit excesivă, exploatând anumite împrejurări, ni se pare o soluție injustă și care intră în coliziune cu principiile moderne de protecție a consumatorilor, materia care a influențat decisiv evoluția legislativă europeană în materia viciilor de consimțământ. Un contract care a favorizat, în mod vădit pe una dintre părți, impune un *remediu*, fără a mai fi nevoie ca partea lezată să facă dovada că a fost exploatată de cealaltă parte a contractului.

Privite din perspectiva terminologiei juridice, sintagma „menținerea contractului” folosită la art. 1222 alin. (3) C. civ. pentru a desemna dreptul instanței de a restabili echilibrul contractual, nu este cea uzuală. Ceea ce face instanța într-o asemenea ipoteză, se numește „adaptarea contractului”, așa cum se prevede la art. 4:109 alin. (2) din Principiile Lando potrivit căruia „la cererea părții lezate, tribunalul poate *adapta* contractul în așa fel încât să-l pună de acord cu ceea ce s-ar fi putut conveni în conformitate cu exigențele bunei-credințe”. La fel, art. 3.10 alin. (2) din Principiile Unidroit, dispune că „la cererea părții care poate invoca nulitatea, o instanță de judecată

⁹ Pentru detalii, a se vedea S. Neculaescu, *Leziunea – viciu de consimțământ sau dezechilibru contractual*, RRDP nr. 3/2010.

¹⁰ L. Pop, *Echilibrul contractual și leziunea în contracte*, Dreptul nr. 11/2008, p. 77-98.

poate *adapta* contractul sau clauza pentru a îl pune în acord cu standardele rezonabile ale negocierii corecte în materie comercială”.

2.3. Imposibilitatea obligației

Deși regula *ad impossibilia nulla obligatio* se bucură de o îndelungată tradiție juridică, ea este diferit reglementată la nivel european.

Potrivit art. 1163 C. civ. fr., în noua succesiune a textelor amenajată de Ordonanța amintită, obligația trebuie să fie „posibilă, determinată sau determinabilă”. În dreptul nostru anterior actualei reglementări, obligația imposibilă era asimilată obligației inexistente, cea care antrena nulitatea contractului, o imposibilitate *in abstracto*, insurmontabilă pentru oricare alt debitor care s-ar fi obligat la aceeași prestație¹¹.

În *dreptul german*, consecințele juridice ale imposibilității sunt diferite. Astfel, debitorul unei obligații imposibile absolut este exonerat doar de executarea în natură a obligației asumate, dar nu și de răspundere (§275, alin. (1) BGB). Pentru imposibilitatea existentă încă de la momentul formării contractului debitorul va răspunde, excepție făcând situația în care n-a cunoscut și nici nu putea să cunoască imposibilitatea prestației la care s-a obligat (§ 311a, alin. (2) BGB). În acest caz, debitorul, deși neculpabil, răspunde în temeiul unei garanții față de creditor că-și va executa obligațiile asumate. Dacă însă imposibilitatea survine după încheierea contractului, neexecutarea prestației va fi imputată debitorului, având ca temei prezumția de culpă a debitorului (§ 283 BGB)¹².

Sistemul common law nu cunoaște regula *ad impossibilia nulla obligatio*, astfel că cel care s-a obligat prin contract este ținut să răspundă chiar și pentru obligații imposibile¹³.

Opțiunea românească pe acest subiect s-a modificat în perioada elaborării noilor reglementări ale contractului. Astfel, dacă Proiectul noului Cod civil publicat în anul 2004, prevedea la art. 941 că „obligația trebuie să aibă un obiect posibil și determinat sau, cel puțin, determinabil”, actualul art. 1227 C. civ. are în vedere doar „imposibilitatea inițială a obiectului obligației”. Potrivit noii dispoziții legale, „contractul este valabil chiar dacă, la momentul încheierii sale, una dintre părți se află în imposibilitatea de a-și executa obligația, afară de cazul în care prin lege se prevede altfel”. Soluția este inspirată de Principiile Unidroit aplicabile contractelor comerciale internaționale, potrivit cărora „simplul fapt că la momentul încheierii contractului executarea obligației asumate era imposibilă, nu afectează validitatea contractului” (art. 3.3). Conform alin. (2) al aceleiași norme, „simplul fapt că la momentul încheierii contractului o parte nu era îndreptățită să dispună de bunurile la care contractul se referă, nu afectează validitatea contractului”.

Cu un text mai sintetic, care vizează ambele ipoteze, art. 4: 102 din Principiile dreptului european al contractelor (PECL) dispune că „un contract nu este invalid pentru simplul motiv că la încheierea lui, executarea obligației era imposibilă sau că una dintre părți nu avea dreptul să dispună de bunurile care formează obiectul”.

Soluția Codului nostru civil se vrea a fi aliniată acestor proiecte europene printr-un text care pare să deroge de la regula *ad impossibilia nulla obligatio*. El este susceptibil însă de câteva obiecții.

¹¹ Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, Ed. Litec, Paris, 2007, p. 178.

¹² B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, *Terminologie contractuelle commune: Projet de cadre commun de référence*, Société de législation comparée, Paris, 2002, p. 308.

¹³ *Ibidem*, p. 310.

Mai întâi, contrar denumirii marginale inflexibile a normei, nu orice imposibilitate inițială a obiectului obligației este indiferentă valabilității contractului, ci doar cea relativă. Că așa ar trebui să fie, rezultă din chiar enunțul pe care îl examinăm, potrivit căruia contractul este valabil „în afară de cazul în care prin lege se prevede altfel”. Exprimarea este însă prea lapidară, lăsând insuficient conturată condiția care privește posibilitatea prestației. Textul normativ ar trebui să fie mai explicit, fie să aibă în vedere *imposibilitatea relativă a prestației*, fie să trimită la art. 1557 C. civ., potrivit căruia „atunci când imposibilitatea de executare este totală și definitivă și privește o obligație contractuală importantă, contractul este desființat de plin drept și fără vreo notificare, chiar din momentul producerii evenimentului fortuit”.

Distincția între cele două imposibilități ale obiectului obligației este operată de majoritatea manualelor de astăzi¹⁴ și o găsim în art. 27 din Codul european al contractelor, proiect al privativiștilor de la Pavia, potrivit căruia „conținutul este posibil când contractul este susceptibil de a fi executat în lipsa obstacolelor obiective cu caracter material sau juridic care împiedică de o manieră absolută realizarea obiectivului urmărit”, definiție care ar fi trebuit preluată și de Codul nostru civil. Altfel, norma de la art. 1227 C. civ. este incompletă și poate induce concluzia că promovează o concepție mai indulgentă față de imposibilitatea prestației, condiție pe care o și ignoră ca principiu. O asemenea interpretare ar intra în coliziune cu preocuparea europeană de moralizare a contractului, cerută de protecția consumatorilor, care a impus o serie de orientări noi, preluate și de Codul nostru civil, cum ar fi obligația de a acționa în toate fazele contractului cu bună-credință, obligația de informare, adaptarea contractului, invocarea leziunii de către majori, impreviziunea etc. O protecție eficientă a părții mai slabe din contract ar presupune largirea noțiunii de imposibilitate, ca obstacol al validității, cel puțin a contractelor în care există o dependență sau subordonare între părți¹⁵, și nu o relaxare a exigenței față de prestațiile ce se dovedesc imposibile absolut, pe care o propune norma aflată în discuție. Milităm așadar pentru ca principiul tradițional *ad impossibilia nulla obligatio* să-și găsească locul în cadrul normei de principiu de la art. 1225, adăugându-se la condiția ca obiectul obligației (nu a contractului, cum greșit prevede actuala reglementare), să fie, în primul rând, posibil, așa cum prevede art. 1163 C. civ. francez actual, cât și art. 1373 alin. (2) C. civ. Quebec.

2.4. Obiectul sau conținutul contractului?

Potrivit Codului nostru civil, obiectul contractului este una dintre condițiile esențiale de validitate a contractului, fiind definit de art. 1225 ca fiind „operațiunea juridică, precum vânzarea, locațiunea, împrumutul și alte asemenea, convenită de părți, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor și obligațiilor contractuale”.

Definiția este preluată parțial de la art. 1412 CCQ, mai puțin exemplificările (în opinia noastră excesive), vizând înțelesul noțiunii de operațiune juridică. Trecând peste o serie de critici ale noii reglementări, este de observat că, pe lângă obiectul contractului, reprezentat de operațiunea juridică amenajată de părți, există și un *obiect al obligației*, care este prestația asumată de debitor, așa cum prevede art. 1226 alin. (1) C. civ.; la

¹⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4^e éd., Defrénois, Paris, 2009, p. 304; Fr. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Éd. Dalloz, Paris, 2009, pp. 190-191.

¹⁵ Fr. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 2013, p. 313.

rândul ei, prestația are, și ea, un obiect, care vizează uneori bunurile. Or, reglementarea dată de actualul Cod civil contractelor speciale are în vedere înțelesul clasic dat obiectului contractului de art. 962 C. civ. ca fiind „acela la care părțile sau una dintre părți se obligă”. Astfel, referindu-se la obiectul vânzării, art. 1657 C. civ. are în vedere „orice bun” care poate fi vândut în mod liber, iar art. 1658 C. civ. are în vedere bunul viitor ca obiect al vânzării. Și asemenea exemple pot continua: bunurile de gen și bunurile fungibile sunt prezentate ca obiect al vânzării (art. 1678 și art. 1726 alin. (3) C. civ.), toate bunurile, atât mobile, cât și imobile, obiect al locațiunii (art. 1779), suma de bani ca obiect al împrumutului (art. 2159 alin. (2)) etc. Doar obiectul obligației este corect definit la art. 1226 ca fiind „prestația la care se angajează debitorul” (*id quod debetur*).

În opinia noastră, odată convenit că obiectul contractului este operațiunea juridică încheiată de părți, condiția de a fi determinat ar trebui să vizeze *obiectul obligației*, și nu cel al contractului, respectiv prestațiile la care părțile s-au obligat. Operațiunea juridică voită de părți nu trebuie determinată, nici cantitativ și nici calitativ. Calificarea juridică a contractului încheiat și determinarea în concret a drepturilor dobândite și a obligațiilor asumate de părți se face în cadrul interpretării contractului. Ba mai mult, chiar actualul Cod civil admite că anumite clauze ar putea fi îndoielnice, ceea ce ar pune în discuție caracterul determinat al obiectului, așa cum este mai nou definit. Or, potrivit art. 1268 alin. (1) pct. 3 C. civ., „clauzele îndoielnice se interpretează în sensul producerii de efecte, și nu în acela în care nu ar putea produce niciunul”, potrivit principiului *potius valeat quam ut pereat*. Un astfel de recurs la logică ar fi putut fi evitat dacă autorii textelor normative ar fi respectat cerințele de tehnică legislativă și ar fi definit sintagma „obiect determinat”, așa cum, de exemplu, potrivit art. 31 din Codul european al contractelor, „conținutul contractului este determinat când obiectul prestațiilor, modalitățile și termenele de executare pot fi deduse din convenție”.

La fel, Cadrul comun de referință (DCFR) redactat de Christian von Bar, când se referă la conținutul contractului, în cadrul Secțiunii a doua din Capitolul 9, „conținutul și efectele contractelor” din Cartea a doua, la art. II – 9:101 denumit „termenii contractului” prevede că aceștia rezultă, printre altele, din „acordul expres sau tacit al părților, din lege, practicile stabilite între părți și uzanțe” etc. Mai mult, potrivit aceluiași proiect, când prețul care trebuie plătit în temeiul contractului nu poate fi determinat plecând de la stipulațiile părților sau de la alte reguli aplicabile ori apelând la uzanțe sau practici, el va fi cel normal reclamat în circumstanțe comparabile la momentul încheierii contractului, un preț rezonabil. Aceeași soluție o găsim și în art. 5.1.7. alin. (1) din Principiile Unidroit, cât și în Principiile Lando.

Pentru motivele deja arătate, normele de la art. 1230 și 1231 C. civ., cele care se referă la „determinarea calității obiectului” și la „determinarea obiectului de către terț”, ar fi trebuit să privească *in terminis* determinarea „obiectului prestației”, și nu al unui obiect oarecare.

Sub un ultim aspect, odată ce actualul Cod civil prevede la art. 1226 alin. (1) că „obiectul obligației este prestația la care se angajează debitorul”, condițiile prevăzute de norma subsecventă de la alin. (2) al aceluiași text, nu pot privi decât *prestația*, și nu obiectul obligației, cum rezultă din enunțul de la alin. (1), potrivit căruia „el trebuie să fie determinat sau cel puțin determinat și licit”. Raportarea la prestație, și nu la obiect o

regăsim în toate textele normative care au inspirat, sau care ar fi trebuit să inspire pe autorii acestor prevederi ale actualului Cod civil. Astfel, Codul civil din Quebec, după ce prevede la art. 1373 că obiectul obligației este prestația de care este ținut debitorul față de creditor, care constă în a face sau a nu face ceva, dispune la alin. (2) că „prestația trebuie să fie posibilă, determinată sau determinabilă; ea nu trebuie să fie prohibită de lege și nici contrară ordinii publice”.

Reglementare avansată de Ordonanța franceză intrată în vigoare la 1 octombrie 2016, se aliniază noii tendințe europene și renunță la obiectul contractului, înlocuindu-l cu un *conținut licit și determinat*, în timp ce doar obligația asumată de debitor are ca obiect o prestație prezentă sau viitoare, care trebuie să fie posibilă, determinată sau determinabilă. Cum conținutul contractului este de un interes larg european, firesc este ca o viitoare revizuire a actualului Cod civil, pe care o găsim absolut necesară, să modifice actuala reglementare în consens cu orientarea europeană.

2.5. Cauza contractului

Spre deosebire de actualul Cod civil, dreptul francez al contractelor modificat anul trecut, se aliniază proiectelor de codificare a dreptului contractelor și renunță la conceptul de cauză, ca o condiție distinctă de validitate a contractului.

Utilitatea cauzei în contracte a făcut obiectul unor ample discuții doctrinare în ultimii ani, în cadrul cărora autori de prestigiu au demonstrat inutilitatea acesteia, pentru că atât absența cauzei, cauza falsă, cât și cauza ilicită sau imorală pot constitui motive de nulitate pentru iliceitatea obiectului contractului. Astăzi, curentul care contestă utilitatea cauzei este majoritar. Încă din anul 1900, când a intrat în vigoare Codul civil german, urmat de Codul civil olandez din anul 1992, cauza nu a mai fost menționată ca o condiție distinctă de validitate a contractului sau a obligației, iar proiectele europene de codificare a dreptului contractelor sau a obligațiilor nu mai includ cauza printre condițiile de validitate a contractului.

Fiind confruntată cu această nouă orientare europeană, doctrina românească relevantă a militat pentru conservarea noțiunii de cauză, cu motivarea că pentru „o comunitate cum este Franța, ar fi regretabil să fie privată de concepte elaborate de secole printr-o jurisprudență atentă, bogată și creatoare”¹⁶. În condițiile în care însuși Codul civil francez s-a aliniat noii tendințe, fidelitatea Codului nostru civil față de modelul care l-a inspirat nu mai este justificată.

2.6. Revizuirea contractului

Codul nostru civil se aliniază tendinței general europene de reglementare a revizuirii contractului la art. 1271, care are ca denumire marginală „impreviziunea”.

De fapt, *impreviziunea* desemnează doar una dintre caracteristicile schimbărilor survenite în executarea contractului, care motivează *revizuirea contractului*, sintagma folosită în mod tradițional de doctrină, și care este cea mai nimerită pentru desemnarea ambelor măsuri pe care le poate lua judecătorul potrivit art. 1271 alin. (2) C. civ. (adaptarea sau încetarea contractului). Schimbarea împrejurărilor care face ca executarea obligațiilor să fie excesiv de oneroasă pentru debitor, reprezintă doar *cauza* fenomenului,

¹⁶ L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul II. Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 355.

în timp ce adevăratul temei al adaptării sau încetării contractului este „dezechilibrul obiectiv dintre prestații”¹⁷, în situația „schimbării circumstanțelor”, sintagma folosită de Principiile Lando la art. 6.111. Prin urmare, nu impreviziunea este cea care determină, în principal, revizuirea contractului, ci „schimbarea circumstanțelor” în care părțile au încheiat contractul. Principiile Unidroit desemnează această schimbare cu sintagma „clauza de hardship”.

De aceea, în opinia noastră, denumirea marginală de la art. 1271 C. civ. trebuie să exprime sensul măsurilor pe care le poate dispune instanța, și anume revizuirea contractului.

O serioasă obiecție de fond, de această dată, este aceea că în niciun text de la art. 1271 C. civ. nu impune părților obligația de a negocia, *ele însele*, adaptarea contractului, omisiune care pune în cauză respectul datorat de lege și judecător voinței părților. Înainte ca adaptarea contractului să fie realizată de instanță, părțile ar fi trebuit obligate ca, în prealabil, părțile să negocieze reșezarea prestațiilor contractuale, în raport de noile realități survenite. O asemenea succesiune a operațiilor de adaptare a contractului, mai întâi de către părți, și apoi de către instanță, este prevăzută de art. 6:111 alin. (2) din Principiile Lando¹⁸, cât și de Principiile Unidroit, art. 6.2.3 alin. (3), text potrivit căruia „în cazul în care nu se ajunge la o înțelegere într-o perioadă de timp rezonabilă, fiecare parte poate apela la instanța de judecată”.

Aceeași ordine de preferință este instituită și de Codul civil francez, modificat prin Ordonanța amintită, la art. 1195. Potrivit dispoziției de la alin. (1), partea care nu și-a asumat riscul unei executări excesiv de oneroase, poate cere cocontractantului său renegocierea contractului. La alin. (2) al aceluiași articol, se dispune că „în caz de refuz sau de eșec al renegocierii, părțile pot conveni rezoluțiunea contractului, la data și în condițiile de ele determinate, sau pot cere de comun acord judecătorului să procedeze la adaptarea contractului”.

Sub un alt aspect, opțiunea actualului nostru Cod civil de a revizui contractul, chiar peste voința părților, contravine cu puterea de lege conferită contractului valabil încheiat. În condițiile în care noile reglementări instituie o cenzură mult sporită a voinței părților, dând posibilitatea judecătorului să reșeze prestațiile la care părțile s-au obligat, cu greu mai putem vorbi de *puterea de lege a contractului*. Este motivul pentru care Codul civil din Quebec nu preia formula tradițională, astfel că, potrivit prevederii de la art. 1434, „contractul valabil format obligă pe cei care l-au încheiat nu doar pentru ce ei au exprimat, dar și pentru ceea ce decurge după natura contractului, potrivit uzanțelor, echității și legii”. Dintre codificările mai recente, Codul civil al Portugaliei, promulgat prin Decretul-lege nr. 47344 din 25 noiembrie 1966, nu conferă contractului puterea de lege, ci definește noțiunea de libertate contractuală prin raportarea la limitele prevăzute de lege.

¹⁷ J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, Paris, 1994, p. 345.

¹⁸ PECL. Art. 6:111: *Changement de circonstances*.

(1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

(2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances.

De această dată, Ordonanța franceză conservă principiul la art. 1103 potrivit căruia „contractul legal format ține loc de lege a celor care l-au făcut”. Opțiunea a fost dictată de preocuparea francezilor de a nu renunța la reperele clasice ale Codului Napoleon, în timp ce celelalte proiecte de codificare a dreptului contractelor (Principiile Unidroit, Principiile Lando, Proiectul Cadrului comun de referință – DCFR, elaborat de echipa condusă de profesorul Christian von Barr), nu oferă contractului caracter de lege a părților.

În finalul acestor analize comparative ale unora dintre reglementările contractului, continuăm să susținem nevoia de revizuire a actualului Cod civil, pentru ca prevederile sale să fie armonizate cu orientările de principiu ale dreptului privat european.

EVOLUȚIA DREPTULUI DE PROPRIETATE

*Adela PÎRLICĂ**

Abstract:

The protection of the ownership right in intern and international legislation represent a fundamental necessity. The knowledge of the evolution of the ownership right throughout history gives opportunity to a better protection in present. This article present the evolution of ownership right starting to Geto-Dacian period to present period. An important period is the post-December period when after the change of political regime, in some domain was created legislative gaps. After the accession of Rumanian to European Union the national legislation was modify in concordance with European legislation.

Starting with the evolution of the ownership right, this article make referring to proposal a ferenda law for drafting a Heritage Code as well as a proposal to change the acquisition mode of ownership right for plots which are situated out side of locality area.

Necessity of a Code of Heritage is apparent due to the multitude of goods that must be protected to be bequeathed to future generations.

Keywords: *ownership right, evolution, patrimony, acquisition*

Evoluția dreptului de proprietate în istoria statului românesc

Apărută în același timp cu apariția omului pe pământ, proprietatea stă la baza dezvoltării societății omenești și reprezintă una dintre problemele fundamentale ale existenței individuale și ale societății umane¹. Proprietatea reprezintă o noțiune esențială care dă expresie accesului suprem al omului, luat individual sau în colectivitate, la însușirea bunurilor naturale sau create prin activitatea umană².

Cunoașterea istoriei dreptului de proprietate ajută la înțelegerea dreptului actual al proprietății. Juristul francez Eugène Lerminier³ considera că: „dreptul trebuie studiat istoric, fără cunoașterea istoriei, a ceea ce a fost și a durat înainte de noi, am rămâne întotdeauna incompleți, ignoranți și nedrepti, dacă am încerca să disprețuim trecutul, am pierde înțelegerea prezentului și a propriilor noastre legi.”

Dreptul de proprietate în perioada geto-dacică, potrivit scrierilor vremii, se prezintă atât sub forma proprietății colective, cât și a celei individuale. Potrivit scrierilor lui Horațiu, „Geto-dacii au cunoscut și proprietatea obștii teritoriale, obștea care exercita o proprietate colectivă asupra pământului împletită cu folosința individuală”. În ceea ce privește proprietatea privată aceștia și-o exercitau în materia bunurilor, doar în ceea ce

* Colegiul Consilierilor Juridici Timis; e-mail: adelapirlica@gmail.com.

¹ Bîrsan C., *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 27.

² Oprișan C., *Regimul general al proprietății în România*, în *Studii de drept Românesc*, nr. 1/1995, pp. 5-35.

³ Jean Louis Eugène Lerminier, 1803-1857, jurist și istoric

privește exploatarea minelor, vitelor și sclavilor, trebuie menționat că proprietatea minelor de aur aparținea regelui⁴.

În perioada daco-romană sunt consacrate trei forme distincte ale dreptului proprietății: *proprietatea quitară*, *proprietatea provincială* și *proprietatea peregrină*⁵.

Cetățenii romani aflați în Dacia erau singurii care aveau privilegiul proprietății quitare, deoarece aceasta putea fi exercitată doar asupra lucrărilor romane, putând fiind exercitată pe baza ficțiunii *ius italicum*. Proprietatea quitară era de patru feluri: asupra pământului, asupra sclavilor, asupra vitelor mari și asupra vitelor mici. Primele forme de proprietate quitară au fost asupra vitelor și sclavilor, urmând mai apoi să se extindă și asupra pământului.

Proprietatea provincială a luat naștere pornind de la regimul juridic pe care îl aveau teritoriile noi cucerite de romani. După cucerirea, noilor teritorii, treceau în *ager publicus*, fiind atribuite spre folosință provinciilor. Romanii desemnau această folosință prin sintagma *possessio vel usufructus* (uzufruct/posesiune), pe când modernii desemnau această folosință prin sintagma *proprietate provincială* întrucât această folosință prezenta trăsăturile unui drept real. Provincialii puteau dispune de acele terenuri prin acte *inter vivos* și *mortis causa*, le puteau greva cu sarcini, le puteau urmări în revendicare (*rei vindicatio*), întrucât în formula acestei acțiuni se introduce ficțiunea că provincialul este cetățean roman, astfel încât și peregrinul putea intenta acțiunea în revendicare. Acesta mai putea fi dobândită și printr-o variantă a uzucapiunii romane, cunoscută în Dacia Traiană sub denumirea de *prescriptio largi temporis*. Provincialul recunoștea proprietatea supremă a statului roman asupra acelui pământ prin plata anuală a unei sume de bani numită *stipendium* sau *tributum*.

Proprietatea peregrină era purtată doar asupra construcțiilor și bunurilor mobile.

Perioada cuprinsă între secolele IV-VIII e.n. s-a remarcat în domeniul proprietății prin *proprietatea în devălmășie* asupra moșiei obștii satești, *cât și proprietatea individuală* asupra terenurilor destinate agriculturii.

Prima desprindere din cadrul proprietății în devălmășie a fost pentru casă și curte, iar mai apoi a fost atribuit din câmpul de cultură obștească un lot de pământ pentru întreaga familie numit sort. Lotul în stăpânire individuală poartă denumirea de raclă sau lot matcă.

Stăpânirea individuală putea fi extinsă prin *deșțeleniri* și *defrișări*, ce puteau fi întreprinse numai cu acordul Adunării megieșilor. Acele stăpâniri dobândite prin muncă proprie purtau denumirea de *stăpâniri locurești*.

Întregul teritoriu, în timpul societății feudale, aparținea Domnului, în virtutea lui *dominium eminens*.

În calitatea sa de proprietar eminent, Domnul dădea cuvenita aprobare și publicitate tuturor actelor juridice referitoare la orice mutare de proprietate. În virtutea acestor prerogative, șeful statului confirma stăpânirea pământului proprietarilor ale căror acte de proprietate au fost furate, pierdute sau distruse. În aceleași privilegii se încadrau și prevederile privind retractul succesoral, instituția numită „darea calului” prin intermediul căreia se înființau sate pe terenuri defrișate sau deșțelenite. De asemenea, exista o

⁴ Molcuț E., Topârceanu N., *Istoria statului și dreptului românesc*, Ed. Universității Titu Maiorescu, București, 2002, p. 18.

⁵ Molcuț E., Topârceanu N., *op. cit.*, p. 26-27.

proprietate subordonată denumită *dominium utile* pentru nobili, cler, țăranii liberi și aserviți. Originea acestui sistem se regăsește în dreptul roman⁶.

În feudalismul dezvoltat în Țara Românească și Moldova au existat în paralel mai multe forme de proprietate: proprietatea feudală-domnească, boierească sau mănăstirească/bisericească. Proprietatea bisericească, fiind compusă din donații particulare sau din danii domnești, avea un caracter filantropic, conferind titularului largi prerogative în privința administrării și a dreptului de judecată. În schimb proprietatea boierească era una individuală, care se obținea atât prin vânzare-cumpărare, schimburi, donații sau prin testament, cât și prin donații domnești condiționate de îndeplinirea obligațiilor de vasalitate față de Domn.

Prima fază a regimului turco-fanariot face referire la primele creații juridice scrise, respectiv pravilele bisericești și pravilele laice, Cartea românească de învățătură și Îndreptarea legii, redactate la jumătatea secolului al XVII-lea, nu aduc schimbări importante referitoare la reglementarea acestui drept. Totuși, se simte o influență a bisericii, ceea ce pune accent pe diferența dintre bunurile laice și cele religioase, precum și între proprietatea laică și cea bisericească.

A doua fază a regimului turco-fanariot poate fi considerată perioadă în care din punct de vedere juridic, încep să fie puse bazele unei societăți premoderne și moderne. Principalele scrieri juridice redactate spre sfârșitul secolului al XVIII-lea și începutul secolului al XIX-lea, sunt Pravliniceasca Condică a lui A.I. Ipsilanti (1780), Codul lui Andronache Donici (1814), Codul Calimach (1817), Legiuirea Caragea (1818), au fost legiuri ce au avut inspirație juridică europeană. În aceea perioadă, dreptului de proprietate i se recunoștea un caracter absolut. Tot în această perioadă domnii fanarioți încearcă să desființeze drepturile străvechi de proprietate ale țăranilor și boierilor, conferindu-li-se domnilor, în virtutea lui *dominium eminens*, prerogativă ce a fost recunoscută în Legea țării.

În anii 1831-1832, istoricii fac referire la cele două Regulamente Organice⁷, care menționau „drepturile sfinte ale proprietății”, folosind termenii de boier-proprietar și țăran-muncitor. Era o limitare absolută a dreptului de proprietate al boierului asupra terenului său. De exemplu, în cazul unei moșii de întindere medie, proprietarul dispunea de 1/3 din moșie, iar restul de 2/3 trebuiau date cu drept de folosință țăranilor muncitori. Prin urmare, boierul păstra doar nuda proprietate fără a avea dreptul să degreveze proprietatea de drept real grevată prin lege.

Conceptul modern de proprietate, ia naștere prin reformele lui A.I. Cuza fiind astfel reglementate proprietatea funciară, industrială sau comercială. Tot în această perioadă țăranii au fost împroprietăriți prin reforma agrară, astfel cele 2/3 din moșie date în folosință prin intermediul Regulamentelor Organice, devin acum proprietatea acestora fără despăgubire. Art. 480 C. civ. definea proprietate ca „dreptul pe care îl are cineva de a se bucura și dispune de un lucru în mod exclusiv și absolut, însă în limitele determinate de lege.” Codul mai făcea referire și la diferitele attribute ale dreptului de proprietate cum ar fi nuda proprietate, posesia și detenția, de asemenea mai sunt reglementate și celelalte drepturi reale cum ar fi servituțile sau uzufructul⁸.

⁶ Hanga V., *Istoria dreptului românesc. Drept cutumiar*, Ed. Fundației Minerva, Iași, 1993, pp. 56-57.

⁷ Guțan M., *Istoria dreptului românesc*, Ed. Universității Lucian Blaga, Sibiu, 2004, p. 163.

⁸ Cernea E., Molcuț E., *Istoria statului și dreptului românesc*, Ed. Press Mihaela SRL, București, 1999, p. 204.

Dreptul de proprietate – reglementări legislative și constituționale

Dreptul de proprietate potrivit dispozițiilor din Codul civil de la 1864 și a Constituției de la 1866⁹ avea un caracter sacru și inviolabil.

Constituția de la 1923, face referire la dreptul de proprietate în dispozițiile sale, făcând mențiuni că bogățiile subsolului se află în proprietatea statului, se garantează dreptul de proprietate de orice natură, precum și creanțele asupra statului și se prevede că nimeni nu poate fi expropriat decât după caz de utilitate publică și după o dreaptă și prealabilă despăgubire stabilită pe cale judecătorească.

Odată cu schimbările regimului politic, în perioada de socialism și comunism, s-au adus nenumărate schimbări în materia dreptului de proprietate. Prevederile Constituției din 1948 făceau referire la naționalizarea mijloacelor de producție, exproprierea colectivităților moșierești și colectivizarea proprietăților agricole¹⁰. Constituțiile din 1948 și 1952 prevedeau renunțarea la domeniul public, iar cea din 1965 menționa că mijloacele de producție sunt proprietate socialistă.

Astfel, se creează o limitare a proprietății individuale și se diminuează semnificativ prerogativele dreptului de proprietate stipulate în Codul civil de la 1864, precum și din Constituția din 1923.

În această perioadă există proprietatea socialistă de stat, proprietatea cooperatistă și proprietatea personală. Acesta din urmă conferea posibilitatea persoanelor fizice de a avea o locuință, bunuri mobile de folosință casnică, cele strict personale și eventual un autoturism de producție națională, achiziționat de pe piața internă.

După înlăturarea regimului comunist în 1989, apar noi reglementări cu privire la dreptul de proprietate.

În art. 41 și 135 din Constituția României din 1991 se prevedeau două forme ale dreptului de proprietate: proprietate publică și proprietate privată. Tot aici mai erau consacrate și prevederi privind ocrotirea proprietății private, în mod egal, indiferent de titularii ei.

Art. 42 alin. (2) din Constituție face referire la garantarea și ocrotirea egală a proprietății private, indiferent de titular a fost redactată în condițiile în care, la momentul adoptării legii fundamentale, era încă vie amintirea concepției potrivit căreia proprietatea de stat era apărută mult mai viguros decât proprietatea așa-zisă de grup și decât proprietatea individuală.

Tot atunci s-au reluat în prevederile Constituției, dispozițiile din art. 481 C. civ. precizându-se că nimeni nu poate să fie expropriat decât pentru cauză de utilitate publică, stabilită potrivit legii, cu dreaptă și prealabilă despăgubire, iar atunci când se execută lucrări de interes general autoritatea publică poate folosi subsolul oricărei proprietăți imobiliare, cu obligația de a despăgubi pe proprietar pentru daunele aduse subsolului plantațiilor sau construcțiilor și pentru alte daune imputabile autorității. Despăgubirile

⁹ Constituția de la 1866 a fost elaborată prin respectarea principiului suveranității poporului, menționându-se un regim bicameral al reprezentanților și separarea puterilor în stat. În acesta stipulându-se prevederi privind competență decizională a instituțiilor statului, reglementând accesul la putere și garanția drepturilor civile;

¹⁰ Berceanu B., *Istoria constituțională a României, în context internațional*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 458.

menționate anterior erau stabilite de comun acord cu proprietarul, iar în caz de divergență, prin intermediul instanței.

Cât privește proprietatea privată existau unele limitări privind exercitarea absolută. În categoria acestor limitări intrau: respectarea sarcinilor privind protecția mediului, asigurarea unei bune vecinătăți, interdicția de a dobândi terenuri pe teritoriul României cetățenii străini și apatrizii, precum și orice alte limitări prevăzute de legile speciale.

Referitor la prezumția dobândirii licite a averii care nu poate fi confiscată decât atunci când această prezumție este răsturnată, urmând ca bunurile destinate, folosite sau rezultate din infracțiuni să fie confiscate, în condițiile legii.

Proprietatea publică era reglementată în art. 135 din Constituție, făcându-se referire că bunurile cu acest regim sunt inalienabile, ele putând fi însă închiriate sau date în administrare regiilor autonome ori instituțiilor de interes național sau local. Aceasta aparține statului sau unităților administrativ teritoriale. Se mai făceau referire la proprietatea privată prin mențiuni că poate aparține oricărui subiect de drept, statul sau unitățile administrativ-teritoriale pot fi titulari ai dreptului de proprietate privată. În acest caz, poziția lor sub aspect juridic, este de egalitate cu oricare alt titular al unui asemenea drept, potrivit art. 41 alin. (2), proprietatea privată fiind ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular¹¹.

Propunerea legislativă de revizuire a Constituției¹² a cărei constituționalitate a fost analizată de Curtea Constituțională prin Decizia nr. 148/2003¹³, a modificat textele privind proprietatea ca o consecință a obiectului principal al promovării legii de revizuire, respectiv acela al creării cadrului legislativ pentru integrarea României în Uniunea Europeană și pentru aderare la Tratatul Atlanticului de Nord. Având în vedere faptul că integrarea României în Uniunea Europeană presupune respectarea dispozițiilor acquis-ului comunitar privitoare la libera circulație a capitalurilor, la drepturile cetățenilor europeni de a investi și de a dobândi bunuri în condiții de egalitate cu cetățenii români, reglementarea constituțională anterioară revizuirii, respectiv art. 41 alin. (2) teza finală, îngreua posibilitatea realizării acestor obiective prin faptul că interzicea cetățenilor străini și apatrizilor să dobândească dreptul de proprietate asupra terenurilor. Astfel, art. 41 alin. (2) modificat făcea referire la faptul că proprietatea privată era garantată și ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular, iar cetățenii străini și apatrizii pot dobândi dreptul de proprietate privată asupra terenurilor numai în condițiile rezultate din aderarea la Uniunea Europeană și alte tratate internaționale la care România este parte, pe baza de reciprocitate, în condițiile prevăzute de legea organică, precum și prin moștenirea legală¹⁴.

Legea nr. 429/2003 a modificat atât art. 41, cât și art. 136 din Constituția din 1991 acestea devenind, în urma renumerotării operate la republicarea Constituției art. 44 și respectiv art. 136.

¹¹ Constantinescu M., Deleanu I., Iorgovan A., Murar I., Vasilescu F., Vida I., *Constituția României comentată și adnotată*, Ed. R.A. Monitorul Oficial, București, 1992, p. 295 și urm..

¹² Devenită Legea de revizuire a Constituției României nr. 429/2003, publicată în M. Of. nr. 669 din 22 septembrie 2003 și în M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003.

¹³ Decizia Curții Constituționale nr. 148/2003 privind constituționalitatea propunerii legislative de revizuire a Constituției României a fost publicată în M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003.

¹⁴ Enache M., *Regimul juridic al proprietății în România*, p. 12.

În plus față de reglementarea Constituției din 1991, art. 136 alin. (2) teza I din Constituția revizuită introducea noțiunea de „garantare și ocrotire prin lege” a proprietății publice, ceea ce corespunde unor obiective economice, juridice și politice: protejarea unităților administrativ-teritoriale împotriva unor acțiuni ale structurilor de putere la nivel central; protejarea proprietății publice contra eventualelor acțiuni ilegale, chiar ale statului sau ale unităților administrativ-teritoriale, de trecere nejustificată a unor bunuri din domeniul public în domeniul privat.

Normele privitoare la dreptul de proprietate publică din Constituție stipulează doar chestiuni de principiu, iar aspectele privind titularii, protecția juridică, obiectul și regimul juridic al acestuia, modalitățile de exercitare a conținutului dreptului sunt reglementate de legea organică în materie, respectiv Legea nr. 213/1998, cu modificările și completările ulterioare, iar din anul 2011 prin noul Cod Civil¹⁵, este reglementat în detaliu regimul juridic al proprietății publice: precizarea atributelor dreptului, definirea noțiunilor de drept public/privat al statului și al unităților administrativ-teritoriale, dobândirea dreptului de proprietate publică, modalitățile de exercitare a atributelor dreptului, caracterele specifice ale dreptului de proprietate publică, încetarea dreptului de utilitate publică.

Dreptul de proprietate – reglementări internaționale

La nivel internațional, România este parte, la numeroase protocoale, convenții și tratate. În materia protecției dreptului de proprietate găsim prevederi în art. 1 din Protocolul adițional nr. 1 la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, având denumirea „Protecția proprietății” dispune că „Orice persoană fizică sau juridică are dreptul la respectarea bunurilor sale. Nimeni nu poate fi lipsit de proprietatea sa decât pentru cauză de utilitate publică și în condițiile prevăzute de principiile generale ale dreptului internațional.”

Art. 6 alin. (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană modificat prin Tratatul de la Lisabona¹⁶, prevede că aderarea Uniunii Europene la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, face ca prevederile convenției să se aplice pe tot teritoriul Uniunii Europene.

Art. 17 din Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene intitulat „Dreptul de proprietate” prevede: „Orice persoană are dreptul de a deține în proprietate, de a folosi, de a dispune și de a lăsa moștenire bunurile pe care le-a dobândit în mod legal. Nimeni nu poate fi lipsit de bunurile sale decât pentru o cauză de utilitate publică, în cazurile prevăzute de lege și în schimbul unei despăgubiri juste, acordate în timp util pentru pierderea pe care a suferit-o. Folosirea bunurilor poate fi reglementată prin lege în limitele impuse de interesul general. Proprietatea intelectuală este protejată.”

¹⁵ Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările ulterioare. În temeiul art. 220 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil, publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011, noul Cod Civil a intrat în vigoare la data de 01 octombrie 2011.

¹⁶ Ratificat de România prin Legea nr. 13/2008 pentru ratificarea Tratatului de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene, semnat la Lisabona la 13 decembrie 2007 publicat în M. Of. nr. 107 din 12 februarie 2008. Tratatul de la Lisabona a fost semnat la 13 decembrie 2007 și a intrat în vigoare după ratificarea de către toate statele membre ale Uniunii Europene, la 1 decembrie 2009.

Pe lângă acestea România a mai aderat la o serie de tratate și Convenții care vizează protecția patrimoniului cultural cu valoare universală.

În anul 1997, Parlamentul României a adoptat Legea nr. 150 privind ratificarea Convenției europene pentru protecția patrimoniului arheologic (revizuită), adoptată la La Valetta la 16 ianuarie 1992. Această convenție cuprinde o serie de dispoziții referitoare la: definirea patrimoniului arheologic, identificarea patrimoniului și măsurile de protecție, conservarea integrală a patrimoniului arheologic, finanțarea cercetării și a conservării arheologice, colectarea și difuzarea informațiilor științifice, sensibilizarea publicului, prevenirea circulației ilicite a elementelor patrimoniului arheologic, asistența tehnică și științifică mutuală, controlul aplicării convenției¹⁷. Scopul acesteia este de a proteja patrimoniul arheologic ca sursă a memoriei colective europene și ca instrument de studiu istoric și științific.

Tot în anul 1997 a fost adoptată Legea nr. 157 privind ratificarea Convenției pentru protecția patrimoniului arhitectural al Europei, adoptată la Granada la 3 octombrie 1985. Această convenție cuprinde o serie de dispoziții ce se referă la: definirea patrimoniului arhitectural, identificarea bunurilor de protejat, procedurile legale de protecție, măsurile complementare, acțiuni politice de conservare, informare și formare, coordonarea europeană a politicilor de conservare.

Zece ani mai târziu, în 2007 a fost adoptată Legea nr. 99 privind ratificarea Convenției privind protejarea patrimoniului cultural subacvatic¹⁸ semnată la Paris în 2 noiembrie 2001. Aceasta are ca și principal scop protejarea patrimoniului cultural subacvatic având în vedere faptul că intervențiile neautorizate asupra patrimoniului cultural subacvatic reprezintă o amenințare la adresa acestuia și că este necesară adoptarea de măsuri mai severe pentru a împiedica asemenea intervenții.

În afara acestora, România a mai aderat și la alte convenții privitoare la protecția bunurilor culturale cu valoare universală. Dintre acestea putem aminti Convenția culturală europeană, încheiată la Paris la 19 decembrie 1954¹⁹ și Convenția privind Agenția de cooperare culturală și tehnică, semnată la Niamey la 20 martie 1970²⁰.

Dreptul de proprietate – în dreptul intern (perioada post-aderare)

În doctrina de specialitate dreptul de proprietate este definit ca fiind acel drept subiectiv care dă expresie apropierei unui lucru, permițând titularului său să exercite posesia, să folosească și să dispună de acel lucru, în putere proprie și în interes propriu, în cadrul și cu respectarea dispozițiilor legale.

Codul Civil – în art. 552 – preia dispozițiile art. 136 din Constituție făcând referire la două forme ale dreptului de proprietate, și anume: cea publică și cea privată

Pe lângă prevederile din Codul civil mai sunt o serie de legi care reglementează dreptul de proprietate, din acestea putem menționa: legile fondului funciar, legile privind

¹⁷ Mihăilă, M., *Protecția bunurilor culturale în dreptul internațional public*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, pp. 146-147.

¹⁸ Legea nr. 99/2007 privind ratificarea Convenției privind protejarea patrimoniului cultural subacvatic, publicată în M. Of. nr. 276 din 25 aprilie 2007.

¹⁹ Convenția culturală europeană, încheiată la Paris la 19 decembrie 1954 ratificată de România prin Legea nr. 77/1991, publicată în M. Of. nr. 258 din 20 decembrie 1991.

²⁰ Convenția privind Agenția de cooperare culturală și tehnică, semnată la Niamey la 20 martie 1970 ratificată de România prin Legea nr. 118/1994, publicată în M. Of. nr. 345 din 13 decembrie 1994.

retrocedarea bunurilor mobile și imobile, legi privind regimul juridic al imobilelor aflate în proprietatea statului, legea privind vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan.

Înainte de aderarea la Uniunea Europeană, dar și după aceea condițiile pentru dobândirea dreptului de proprietate asupra terenurilor de către cetățenii români și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine erau stabilite prin Legea nr. 312 din 2005.

De îndată ce s-a împlinit termenul de șapte ani de la aderare a luat ființă legea privind vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan către cetățenii străini și apatrizi, dar fără a se menționa condiții speciale pentru acestea.

Concluzii

Protecția dreptului de proprietate se poate realiza doar cu amendarea legislației în vigoare, precum și cum adoptarea unui cod privind protecția patrimoniului cultural național și internațional. Deoarece, bunurile din patrimoniul cultural aparțin atât prin valoare, cât și prin semnificația social-culturală a acestora, întregului popor, din acest motiv este necesar să se ia toate măsurile pentru ocrotirea și conservarea lor, pentru a se evita înstrăinarea sau deteriorarea acestora și, nu în ultimul rând, pentru apărarea, păstrarea și folosirea lor în interesul întregii națiuni. Aceste bunuri sunt prin natura lor perisabile și prin urmare ar trebui salvate, conservate și transmise către generațiile viitoare.

Bunurile culturale mai pot fi definite și ca obiecte sau forme de expresie artistică, care contribuie la identitatea culturală a unei comunități²¹.

Noțiunea de patrimoniu este una polisemantică. Prin urmare, trebuie precizat atât sensul, cât și domeniu de activitate al acestuia. Etimologic, noțiunea de patrimoniu reprezintă, fără a avea un concept juridic, materia moștenită „bunul transmis de la o generație la alta”²², în timp ce *res patrimonio* erau susceptibile proprietății private, dar intrau în componența domeniului public roman. În anul 1694 Dicționarul Academiei franceze definea noțiunea de patrimoniu ca fiind bunul moștenit de la o generație la alta.

Pe lângă protecția patrimoniului cultural mobil și imobil este necesară și crearea unor zone de protecție a patrimoniului arhitectural urban și peisagist, după modelul celor prezentate în codul patrimoniului francez.

Un alt aspect ce ar trebui clarificat în domeniul dreptului proprietății este acela al modificării legislației în materia dobândirii terenurilor situate în extravilan.

În prezent există o inițiativă legislativă ce are ca obiect modificarea art. 11 din Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan, în sensul condiționării exercitării dreptului de preemțiune al arendașului la vechimea contractului de arendare în sensul că acesta să fie înregistrat cu cel puțin un an înainte de afișarea ofertei de vânzare la sediul primăriei. Modificare ce o consider insuficientă datorită multitudinii de lacune pe care le prezintă legea în discuție.

²¹ Anne Derout, *La protection des biens culturels en droit communautaire*, Ed. Apogée, Rennes, 1993, p. 25.

²² A se vedea în acest sens J. Bouffartigue, A.M. Delrieu, *Étymologies du français, Les racines latines*, vol. II, Berlin, 1996, p. 113 și Romain Ollard, „*La protection pénale du patrimoine*”, Ed. Dalloz, Paris, 2010, p. 4-5.

O MĂSURĂ ÎN INTERESUL COPIILOR?

*Cristiana-Mihaela CRĂCIUNESCU**

Abstract:

Child's displacement abroad represents with no doubt a materialization of his right to free movement. However, given the fact that his age brings about vulnerability, the conditions in which the movement is being decided and carried on must provide the necessary pledges regarding his actual protection.

Therefore, it may be difficult to determine whether the amendment of the Law on Romanian children's free movement abroad, by simplifying the consent regarding child's movement abroad that must be given by the parent with whom the child is travelling, contributes to a more efficient protection of the best interest of the child or, on the contrary, it implies even more risks.

We believe that behind a simplification of the necessary formalities in fulfilling the child's movement abroad there are numerous risks concerning his safety, and this aspect can't be in accord with the best interest of the child.

Keywords: *consent, passport, parent, parental authority, movement abroad*

1. Aspecte generale privind exercițiul autorității părintești

În acord cu prevederile art. 483 și 503 C. civ.¹, autoritatea părintească, definită de lege ca fiind ansamblul drepturilor și îndatoririlor care privesc persoana și bunurile copilului, se exercită împreună și în mod egal de către ambii părinți, primii interesați și responsabili în a asigura o creștere și educare cât mai bună pentru copilul lor.

Nu întotdeauna însă exercițiul drepturilor sau îndeplinirea îndatoririlor părintești poate fi realizat în armonie, de către părinți împreună, potrivit interesului superior al copilului. Astfel, pentru situațiile în care părinții nu se înțeleg, instanța este chemată să decidă asupra neînțelegerilor dintre aceștia. Soluționarea cauzelor privind drepturile și obligațiile părintești implică ascultarea părinților, întocmirea raportului de anchetă psihosocială și cu ascultarea obligatorie a copilului, dacă a împlinit 10 ani. În hotărârea pe care o ia, instanța urmărește, cu prioritate, respectarea interesului superior al copilului.

O situație care a generat numeroase cauze pe rolul instanțelor judecătorești o constituie necesitatea acordului părinților care au exercițiul autorității părintești cu privire la copilul lor minor, pe de o parte pentru eliberarea pașaportului, iar pe de altă parte, pentru deplasarea acestuia în afara granițelor țării. Condițiile în care poate avea loc exercitarea dreptului copilului la liberă circulație în străinătate sunt reglementate de Legea nr. 248/2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate². Începând cu data de 6 octombrie 2016, condițiile în care copilul minor poate călători în

* Judecător dr.; cercetător științific asociat – Institutul de Cercetări Juridice al Academiei Române; e_mail: c_craciunescu@hotmail.com.

¹ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.

² Legea nr. 248/2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate, cu modificările și completările ulterioare, publicată în M. Of. nr. 682 din 29 iulie 2005.

străinătate au fost modificate, prin Legea nr. 169/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 248/2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate³.

Întrebarea pe care ne-o punem în acest context este: în ce măsură aceste modificări respectă interesul superior al copilului?

2. Reglementarea dreptului copilului la liberă circulație în străinătate

2.1. Eliberarea pașaportului minorului

În considerarea împrejurărilor care riscă să devină uneori extrem de delicate în anumite situații determinate de relațiile dintre părinți, nu întotdeauna armonioase și centrate pe interesul copilului lor, sau a acelora care intră în zona infracționalității transfrontaliere cu victime minori, legiuitorul reglementează expres condițiile pentru solicitarea eliberării pașaportului și cele în care organele poliției de frontieră pot acorda unui minor permisiunea de a ieși din România.

În reglementarea sa, Legea nr. 248/2005 subsumează aceste condiții principiului enunțat în art. 2 alin. (2): „cetățenii români minori pot călători în străinătate numai însoțiți, cu acordul părinților ori al reprezentanților legali”. Trebuie subliniat faptul că legea definește termenul de reprezentant legal ca fiind „persoana desemnată, potrivit legii, să exercite drepturile și să îndeplinească obligațiile părintești față de minor”. Prin urmare, doar părintele care are exercițiul autorității părintești cu privire la respectivul copil este implicat în procedura eliberării pașaportului și autorizării efectuării de către minor a călătoriilor în străinătate.

Exercitarea efectivă a dreptului la liberă circulație în străinătate a copilului presupune îndeplinirea unei condiții prealabile, și anume obținerea unui document de călătorie, respectiv solicitarea și eliberarea pașaportului simplu electronic, care îi conferă titularului vocația de a călători în străinătate.

Dispozițiile art. 17 alin. (1) din Legea nr. 248/2005 reglementează condițiile eliberării pașaportului copilului minor, menționând expres posibilitatea obținerii acestuia de către unul singur dintre părinți, în situațiile în care un părinte exercită singur autoritatea părintească: este părintele supraviețuitor ori s-a decis astfel de către instanță, adică i s-a încredințat copilul prin hotărâre judecătorească irevocabilă sau s-a stabilit în favoarea sa exercițiul exclusiv al autorității părintești prin hotărâre judecătorească irevocabilă sau definitivă, după caz.

Textul acoperă perioada de tranziție legislativă atât în plan material, de la Codul familiei la Codul civil, cât și în plan procesual, respectiv intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, când există încă hotărâri judecătorești în care copilul minor este încredințat spre creștere și educare unuia dintre părinți.

De remarcat ar fi și faptul că acest text de lege trebuie coroborat cu dispozițiile art. 507 C. civ., potrivit căruia, exercițiul autorității părintești aparține unuia singur dintre părinți și în situațiile în care unul dintre părinți este decăzut din drepturile părintești sau se află în neputință de a-și exprima voința.

Dacă părinții exercită împreună autoritatea părintească și nu se înțeleg cu privire la solicitarea de eliberare a pașaportului pentru copilul lor sau unul dintre ei se află în imposibilitate de a-și exprima voința și, implicit, nu poate fi dovedită exprimarea

³ Publicată în M. Of. nr. 772 din 3 octombrie 2016.

acordului acestuia, potrivit art. 17 alin. (2) emiterea pașaportului se va efectua numai după soluționarea acestor situații de către instanța de judecată.

În contextul art. 486 C. civ., dispozițiile legale anterior menționate creează premisa formulării unei categorii de cereri cu care instanțele pot fi sesizate: *cereri privind suplinirea acordului celuilalt părinte pentru eliberarea pașaportului*⁴.

Legea nr. 248/2005 nu exclude existența unor situații excepționale, în care necesitatea și urgența fac obiectivă nevoia eliberării unui pașaport chiar în lipsa acordului celuilalt părinte. Art. 17¹ alin. (1) lit. e) permite eliberarea unui *pașaport simplu temporar* pentru minorul care urmează să se deplaseze în străinătate pentru studii ori pentru a participa la concursuri oficiale sau pentru a urma un tratament medical fără de care viața ori sănătatea îi este pusă în pericol. Aceste situații de excepție nu îngăduie să se aștepte timpul necesar pentru obținerea acordului celuilalt părinte, indiferent dacă este vorba doar de forma cerută de lege pentru dovedirea acordului care există⁵ sau este nevoie de intervenția instanței pentru suplinirea acordului, în cazul neînțelegerilor dintre părinți. Mai mult, obligația de a informa celălalt părinte revine autorității care eliberează pașaportul.

În aceste situații rezultă cu evidență că interesul superior al copilului este protejat în mod direct de lege, fără să mai apară ca fiind necesară aprecierea acestuia de către o instanță de judecată, prin procedurile specifice.

2.2. Reglementarea călătoriei minorului în străinătate

Separat de eliberarea pașaportului, ce constituie doar premisa, exercitarea de către minor a dreptului de a călători în străinătate presupune îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege pentru a i se permite ieșirea din România, prevăzute în detaliu de dispozițiile art. 30 din Legea nr. 248/2005.

În forma dinainte modificării intervenite prin Legea nr. 169/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 248/2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate, legea prevedea însoțirea minorului titular al unui document de călătorie individual și, atunci când copilul nu călătorea împreună cu părinții săi, existența acordului părinților privind efectuarea respectivei călătorii în statul sau în statele de destinație.

Dificultățile puteau apărea atunci când copilul era însoțit în deplasarea sa doar de unul dintre părinți. În această împrejurare, pentru a se permite ieșirea din țară a copilului trebuia dovedită existența acordului părintelui absent pentru efectuarea acelei călătorii sau incidența situației care impune ca decizia referitoare la efectuarea călătoriei să aparțină exclusiv părintelui însoțitor⁶. Acordul părintelui care nu însoțea copilul trebuia să cuprindă, în afara însoțitorului, destinației și perioadei călătoriei și mențiunile enumerate în alin. (4) al art. 30 din Lege, respectiv: „scopul deplasării, ruta urmată până la statul de destinație, indicarea faptului dacă minorul urmează să rămână în statul de

⁴ Norma metodologică din 2006 de aplicare a Legii nr. 248/2005 menționează expres în art. 7 hotărârea judecătorească prin care instanța a suplinit acordul celuilalt părinte printre documentele depuse pentru eliberarea pașaportului minorului.

⁵ De exemplu: procură specială sau declarație, dată în condițiile legii, privind acordul celuilalt părinte.

⁶ Art. 30 alin. (1) lit. c) și alin. (2), care adaugă expres părintele decăzut din drepturile părintești și pe cel declarat dispărut. Cu excepția certificatului de deces, celelalte cazuri trebuie dovedite cu hotărâre judecătorească.

destinație caz în care trebuie menționată persoana căreia urmează a-i fi încredințat minorul, sau dacă urmează să se reîntoarcă împreună cu un însoțitor, ale cărui date de identitate trebuie indicate, în cazul în care acesta este o altă persoană decât cea cu care iese din România”.

În aceste condiții, lipsa ori refuzul acordului părintelui care nu îl însoțea pe copil în călătorie crea premisa solicitării instanței de tutelă de a suplini acest acord. Aceasta întrucât în cazul în care părinții nu se înțeleg cu privire la exprimarea acordului sau unul dintre părinți se află în imposibilitatea de a-și exprima voința și nu este incidentă o situație de excepție prevăzută expres în lege, dispozițiile art. 31 alin. (3) din Legea nr. 258/2005 interzic ieșirea copilului din țară până la soluționarea neînțelegerilor dintre părinți de către instanța de judecată.

Prin astfel de hotărâri, instanța dispunea suplinirea acordului părintelui care refuza în mod nejustificat sau abuziv să consimtă la efectuarea călătoriei de către copil, precizând în dispozitivul hotărârii toate elementele precizate mai sus. Nu era admisibilă o cerere prin care părintele ar fi solicitat ca instanța să suplinească acordul celuilalt părinte pentru deplasări neprecizate ale copilului în afara granițelor țării, pe perioade nedeterminate sau pentru anumite perioade și cu destinații neclare sau neprecizate.

Pentru suplinirea acordului părintelui de către instanța de tutelă era necesar ca aprecierea să fie făcută pentru fiecare deplasare a copilului în străinătate, după ce erau analizate toate aspectele care ar fi putut să influențeze în vreun fel interesul copilului, cum ar fi: destinația, cu elementele specifice de securitate, de climă, distanța, scopul călătoriei, însoțitorul copilului sau grupul cu care se va organiza deplasarea etc. pentru a se putea aprecia oportunitatea deplasării.

Din punctul de vedere al probatoriului administrat în astfel de cauze, pe lângă probele administrate în vederea identificării interesului superior al copilului și în susținerea motivelor de refuz al acordului părintelui pârât, instanța trebuia să solicite autorității tutelare efectuarea unui raport de anchetă psiho-socială în care să prezinte motivele și condițiile concrete în care se solicita deplasarea copilului în străinătate (existența mijloacelor pentru asigurarea unor condiții decente de călătorie, starea aparentă de sănătate și emoțională a copilului, oportunitatea deplasării, eventuale riscuri pentru copil legate de scopul, destinația și perioada călătoriei), obligativitatea acestui raport de anchetă socială fiind prevăzută de art. 486 C. civ. Era important ca interesul superior al copilului să fie dovedit în raport cu scopul și durata deplasării, dar și cu mijloacele de transport cu care urma să călătorească în concret copilul, condițiile în care călătoria avea loc, persoana/persoanele cu care copilul urma să călătorească etc. deoarece numai în raport cu aceste informații concrete instanța putea să aprecieze oportunitatea și siguranța deplasării copilului.

În toate aceste acțiuni era ascultată opinia copilului care are cel puțin 10 ani, dar putea fi ascultat și copilul cu vârstă mai mică, opinia acestuia fiind luată în considerare în raport cu vârsta și gradul său de maturitate, astfel cum prevede art. 264 C. civ.

De asemenea, în cadrul probatoriului administrat trebuiau avute în vedere și dispozițiile art. 31 alin. (2) din Legea nr. 248/2005 atunci când copilul urma să se deplaseze în străinătate însoțit de o altă persoană decât părintele său, în sensul că era necesar să se facă dovada că însoțitorul nu se afla în vreuna dintre situațiile prevăzute de acest text de lege, sens în care era necesară verificarea cazierului acestuia.

Modificarea pe care Legea nr. 169/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 248/2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate o aduce constă în eliminarea precizărilor privind scopul, durata, ruta și destinația călătoriei, consimțământul părintelui care nu îl însoțește pe copil urmând să fie dat generic, pentru deplasări în străinătate neprecizate și pentru un termen de cel mult 3 ani⁷. De asemenea, potrivit alin. (4) al art. 30 din Legea nr. 248/2005 astfel modificat prevede că acordul părintelui va cuprinde și „mențiunea dacă minorul urmează să rămână în statul de destinație și datele de identitate ale persoanei căreia urmează a-i fi încredințat minorul, precum și, după caz, datele de identitate ale persoanei cu care se reîntoarce în România, dacă însoțitorul este o altă persoană decât cea cu care iese din România”, eliminându-se celelalte mențiuni mai sus arătate.

În mod cert, această modificare legislativă simplifică foarte mult condițiile în care copilul poate călători în străinătate împreună cu unul singur dintre părinți sau cu un alt însoțitor. Ne întrebăm totuși: *cui prodest?* Este astfel mai bine protejat interesul superior al copilului?

3. Este o modificare benefică pentru copil?

S-ar putea spune că o simplificare a formalităților necesare deplasării copilului în străinătate ar putea fi benefică pentru acesta, evitându-se astfel pierderile de timp și de bani cauzate de necesitatea exprimării acordului părintelui care nu îl însoțește pe copil pentru fiecare călătorie, precum și evitarea încărcării rolului instanțelor cu un număr sporit de cereri de suplinire a acordului părintelui care nu îl însoțește pe copil în străinătate.

Pe de altă parte, acordul exprimat de părinte sau suplinat de instanță devine unul generic, cu o valabilitate de până la trei ani, care conferă celui alt părinte posibilitatea de a scoate copilul din țară pe toată durata acordată, fără a se avea în vedere dacă interesul superior al copilului este respectat. Acordul pentru deplasarea copilului în afara țării fără a se stabili condițiile în care aceasta urmează să aibă loc nu asigură protecția efectivă a interesului superior al copilului, mai ales că, după exprimarea respectivului acord, celălalt părinte poate să deplaseze copilul în cu totul alte condiții și destinații decât cele convenite inițial, dacă nu depășește intervalul de timp de trei ani.

Consecințele posibile pentru copil pot fi multe și uneori neprevăzute, în lipsa oricărui control. Astfel, de la oportunitatea călătoriei, organizarea acesteia în condiții neadaptate vârstei și stării de sănătate a copilului, alegerea unei destinații periculoase pentru siguranța acestuia și până la refuzul de a returna copilul în țară pot apărea riscuri importante pentru creșterea și educarea copilului.

Considerăm că în noile condiții legale, aplicarea dispozițiilor Convenției de la Haga din 25 octombrie 1980 asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii⁸, precum și a Regulamentului (CE) nr. 2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială

⁷ Potrivit art. 30 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 248/2005 modificată, acordul părinților trebuie: „să cuprindă acordul acestora cu privire la efectuarea de călătorii în străinătate, pentru o perioadă care să nu depășească 3 ani de la data întocmirii acesteia, precum și datele de identitate a însoțitorului respectiv”.

⁸ România a aderat la Convenția de la Haga din 25 octombrie 1980 asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii prin Legea nr. 100/1992, publicată în M. Of. nr. 243 din 30 septembrie 1992.

și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000⁹ devine mult mai dificilă, datorită lipsei datei la care copilul trebuie să revină în țară, esențială pentru punerea în aplicare a mecanismelor de returnare a copilului prevăzute de acestea.

În condițiile în care părinții despărțiți păstrează sentimente reciproce negative, implicațiile unor reglementări atât de vagi și nesigure pentru copil îl pot pune nu doar în dificultate, dar uneori chiar în pericol, deși Codul civil și Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului situează interesul superior al acestuia pe primul plan în toate deciziile care îl privesc.

⁹ Publicat în JO L 338, 23 decembrie 2003 A 0001-0029, a intrat în vigoare de la 1 august 2004. Disponibil la: <http://www.just.ro/Portals/0/CooperareJudiciara/LegislatieComunitara/Reg.%202201.doc>

CARACTERUL IMPERATIV AL OBLIGAȚIEI LEGALE DE ÎNȚEȚINERE. UNELE CONSECINȚE ÎN DREPTUL PENAL

Mihaela Gabriela BERINDEI*

Résumé:

Le caractère impératif, d'ordre publique, de l'obligation légale d'entretien, est mieux défini, nous croyons, du fait que le législateur prévoit, pour l'échec de réalisation de celle-ci, en plus des sanctions civiles et des sanctions de nature pénale, qualifiée sous l'infraction de crime d'abandon de famille. Considérant qu'une valeur sociale protégée par le droit pénal étant affecté, dans cet article, nous avons désiré mettre en évidence la grande importance que l'obligation d'entretien a dans notre droit, car le soutien moral et matériel constitue un instrument juridique pour la réalisation de cette obligation.

Les mots clef: l'obligation légale d'entretien, le caractère impératif, d'ordre publique, droit penal

Obligația de întreținere este **imperativ** prevăzută de lege, în sensul că este o îndatorire de tip special, reglementată de legiuitor în scop de ocrotire, ce se impune cât timp creditorul se află în nevoie, neputându-se întreține din munca sau din bunurile sale. Această condiție este expres prevăzută în Codul civil, la art. 524, ceea ce face ca, în consecință, obligația să nu poată fi înlăturată sau restrânsă, cu anticipație, prin acte juridice.

Renunțarea la dreptul de întreținere ar însemna, în condițiile în care subzistența creditorului s-ar realiza numai pe seama valorificării acestui drept, să se renunțe la **dreptul de a trăi**¹. Se consideră, astfel, că obligația de întreținere este o problemă de **ordine publică**². Din punct de vedere tehnic, acest caracter implică o anumită îngrădire a dreptului de dispoziție al creditorului, admis aproape necircumstanțiat în dreptul comun³.

Titularul dreptului la întreținere nu poate renunța la aceasta înainte de a se fi dispus obligarea prin hotărâre judecătorească. Dacă, totuși, s-ar face o astfel de **renunțare**, chiar sub controlul justiției, ea este **nulă** tocmai datorită **caracterului de ordine publică** al obligației legale de întreținere și nu poate fi opusă acțiunii în justiție intentate de creditor⁴.

Anterior intrării în vigoare a Codului civil actual, în practică⁵ s-a stabilit că, dacă beneficiarul întreținerii este un minor, părintele căruia i-a fost încredințat copilul, nu

* Cercetător științific, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Academia Română; e-mail: mihaela.berindei@yahoo.com

¹ I. Dogaru, *Întreținerea. Drept și obligație legală*, Ed. Scrisul Românesc, Craiova, 1978, p. 221.

² A. Derek Guthrie, *Alimentary obligations*, în „La revue du Borreau de la province de Quebec”, Tomme 25, nr. 9/1965, p. 534.

³ I. Dogaru, *op. cit.*, p. 221.

⁴ D. Alexandrescu, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, vol. I, p. 715, vol. X, p. 197.

⁵ Trib. Suprem, col. civ., dec. civ. 774 din 26 iunie 1962, în „Justiția nouă”, nr. 8/1963, p. 164.

poate renunța la pensia de întreținere acordată acestuia, de către celălalt părinte. O renunțare, în acest caz, ar rămâne fără eficiență. Convenția prin care unul dintre părinții minorului este scutit complet de obligația de întreținere este *ilicită*, deoarece printr-o astfel de convenție s-ar nesocoti atât *caracterul legal*, cât și *caracterul imperativ – de ordine publică* – al obligației legale de întreținere⁶. Și în literatura juridică recentă, autorii consideră că, în principiu, nicio convenție sau act unilateral de renunțare la dreptul de întreținere nu sunt valabile⁷.

Inadmisibilitatea renunțării la întreținere este reglementată, în mod expres, în Codul civil, care prevede, prin art. 515, că: „Nimeni nu poate renunța pentru viitor la dreptul său la întreținere”. Așadar, Codul civil interzice renunțarea la dreptul de întreținere pentru viitor, ceea ce ar însemna că, *per a contrario*, renunțarea la întreținere pentru trecut este valabilă⁸. Se admite, astfel, că primirea ulterioară a întreținerii neexecutată la timp contravine scopului pentru care aceasta a fost instituită, deoarece se presupune că, pe de o parte, atâta vreme cât nu a fost solicitată, cel îndreptățit la întreținere nu s-a aflat în nevoie, iar, pe de altă parte, se prezumă că numai de la această dată debitorul este pus în întârziere. Este ceea ce se justifică, de altfel, prin *regula* statornicită în practica judiciară română, conform căreia *întreținerea se acordă de la data când a fost cerută*⁹.

Dacă, însă, ulterior renunțării la întreținere pentru trecut, beneficiarul se află în nevoie, acesta poate cere din nou întreținere pentru că renunțarea este valabilă numai pentru trecut, nu și pentru viitor¹⁰. Vor fi, de asemenea, valabile, renunțările sau restrângerile temporare ale dreptului la întreținere încuviințate de către instanța judecătorească. În acest sens, s-a decis¹¹ că este valabilă convenția prin care părintele căruia nu i s-a încredințat copilul să fie scutit temporar de contribuția sa, ori este obligat la o contribuție mai mică, până se va redresa financiar, dar numai dacă, printr-o asemenea convenție, nu se nesocotesc drepturile copilului.

În dreptul francez¹² este consacrat *caracterul de ordin public* al obligației alimentare. Obligația de a furniza alimente, ca o componentă a obligației de întreținere, nu este o obligație obișnuită, ca celelalte obligații, ci este destinată să asigure subzistența unei persoane, având caractere juridice specifice, fiind marcată atât prin dimensiunea familială, cât și prin scopul umanitar. Astfel, se consideră că obligația alimentară este indispensabilă pentru viața celui care are nevoie de întreținere, iar renunțarea la acest drept nu este valabilă. Mai mult decât atât, orice renunțare asupra garanției de executare a pensiei alimentare sau asupra drepturilor de a cere revizuirea sunt interzise¹³. Se consideră că obiectivul, în fond, este mai mult pragmatic, trebuind să se evite situația în

⁶ A se vedea Trib. Suprem, col. civ., dec. nr. 1154 din 19 octombrie 1959, în „Legalitatea populară” nr. 5/1960, p. 115.

⁷ A. Bacaci, C. Hageanu, V. Dumitrache, *Dreptul familiei*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 232; D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul Familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 425.

⁸ Plenul Tribunalului Suprem prin decizia de îndrumare nr. 17/1962 în Culegere de decizii pe anul 1962, pp. 29-31.

⁹ A se vedea dec. col. civ. al Trib. Suprem, nr. 489/1965 în J.N. nr. 10/1965, p. 159.

¹⁰ T.R. Popescu, *Dreptul familiei, Tratat*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1965, vol. II, p. 249.

¹¹ A se vedea Decizia de îndrumare a Plenului Tribunalului Suprem, nr. 2/1973, cu privire la unele probleme de stabilire și de prestare a obligației de întreținere, în RRD nr. 6/1973, p. 97.

¹² P. Courbe, *Droit de la famille*, 5^e éd., Sirey Universite, Dalloz, Paris, 2008, p. 521.

¹³ V. H. Sinay, *Les conventions sur les pensions alimentaires*, în RTD civ. 1954.228; Civ. 21 janv. 1930, S. 1930.1.322.

care creanța întreținerii să cadă în sarcina colectivității, în cazurile în care se poate invoca **solidaritatea familială**. Nu în ultimul rând, **caracterul imperativ, de ordine publică** al obligației de întreținere constituie o **măsură de protecție** pentru persoanele lipsite de mijloace de existență și în incapacitate de a munci.

Dar, ceea ce definește cel mai bine **caracterul imperativ al obligației legale de întreținere** este, credem, faptul că legiuitorul prevede, în cazul neîndeplinirii acestei obligații, pe lângă sancțiuni de ordin civil, și **sancțiuni de ordin penal**, calificate sub infracțiunea de „**abandon de familie**”. Infracțiunea de abandon de familie este consecința atât a unei acțiuni, cât și a unei inacțiuni¹⁴. Inacțiunea este exprimată în reglementările Codului penal prin termenele „neplata” ori „neîndeplinirea”.

Astfel, actualul Cod penal, la art. 378 alin. (1) lit. b) și c) enumeră, printre **infracțiunile contra familiei**, și următoarele fapte: neîndeplinirea cu rea-credință a obligației de întreținere prevăzute de lege și neplata, cu rea-credință, timp de 3 luni, a pensiei de întreținere stabilite pe cale judecătorească. Observăm că este cerută condiția ca fapta să fi fost săvârșită **cu rea-credință**, adică cu intenție.

În principiu, obligația de întreținere se execută voluntar, în natură, prin susținerea subzistenței celor îndreptățiți la întreținere. Pentru a exista infracțiunea de abandon de familie, trebuie ca cel care are obligația legală de întreținere să se facă vinovat de neîndeplinirea, cu rea-credință, a obligației de întreținere prevăzută de lege. Dacă obligația de întreținere este stabilită de către instanța de judecată sub forma unei sume de bani (prin acordarea unei pensii de întreținere), ne aflăm în prezența infracțiunii de abandon de familie pentru neplata, cu rea-credință, a pensiei de întreținere stabilite pe cale judecătorească. Pensia de întreținere nu este o despăgubire civilă, ea neavând izvorul în comiterea unei infracțiuni cauzatoare de prejudiciu, ci în raporturile de familie ocrotite de lege. Abandonul de familie tulbură profund relațiile de conviețuire socială și constituie o amenințare serioasă a existenței și a continuității relațiilor de familie. Dacă, dimpotrivă, persoana îndreptățită la întreținere are mijloace proprii de trai, fapta părintelui, de a nu contribui la întreținere, nu mai intră sub incidența legii penale, caz în care trebuie să se țină cont de starea de nevoie a creditorului întreținerii¹⁵. În acest sens, s-a pronunțat și instanța supremă¹⁶ într-o speță privind neplata pensiei de întreținere stabilită pe cale judecătorească în situația în care minorul are venituri proprii care îi asigură condițiile necesare pentru creșterea, educarea, învățătura și pregătirea sa profesională.

Unii autori¹⁷ consideră că, prin comiterea acestei infracțiuni, se aduce atingere valorii sociale pe care o reprezintă înfăptuirea și menținerea bunelor relații de conviețuire socială, fiind lezate, astfel, în mod direct relațiile sociale privitoare la obligația de întreținere a cărei respectare constituie o îndatorire și, deci, o valoare socială, și, în mod indirect, sunt afectate relațiile de familie. Alți autori¹⁸ susțin că sustragerea de la această obligație, prin încălcarea îndatoririlor de familie, ar putea să-i expună pe cei abandonați unor suferințe fizice ori morale. În acest sens, Codul penal actual prevede la art. 378 alin.

¹⁴ G. Antoniu, *Infracțiunea de omisiune*, în RRD nr. 6/1982, pp. 32-38.

¹⁵ Al. Boroi, *Infracțiuni contra unor relații de conviețuire socială*, Ed. All, București, 1998, p. 31.

¹⁶ CSJ, secția penală, decizia nr. 211 din 1994, în Revista „Dreptul” nr. 5/1995, p. 48.

¹⁷ I. Ifrim, *Ocrotirea penală a relațiilor de familie*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 81.

¹⁸ D. Pavel, *Infracțiuni contra familiei în noul Cod penal*, în RRD nr. 10/1969, pp. 42 și urm.

(1) lit. a) că săvârșirea faptei, de către cel care are obligația legală de întreținere, față de cel îndreptățit la întreținere, de a părăsi, alunga sau lăsa fără ajutor, expunându-l la suferințe fizice sau morale, constituie infracțiunea de abandon de familie. O opinie¹⁹ susținută în literatura de specialitate, pe care o împărtășim și noi, este aceea că, în cazul neîndeplinirii obligației legale de întreținere, nu este vorba despre o cerință abstractă, generală, ci despre un sprijin concret, constând în furnizarea mijloacelor de întreținere materială și de sprijin moral acordat aceluia dintre membrii familiei care se află în nevoie. Pe de altă parte, s-a arătat că, de fapt, îndeplinirea obligației de întreținere reprezintă o valoare socială ocrotită și de legea penală, iar sprijinul material și moral constituie un instrument juridic de realizare a acestei obligații, a cărei asigurare este de natură să satisfacă necesitățile vieții de familie²⁰.

Existența raportului juridic de familie constituie un element esențial al infracțiunii de abandon de familie, în lipsa căruia nu ar putea fi concepută existența infracțiunii. Spre exemplu, neplata unei obligații de întreținere care decurge dintr-un alt raport decât cel de familie, de pildă o rentă periodică stabilită pentru un copil minor rămas fără ajutor în urma decesului ori invalidității părintelui din cauza unui accident, pricinuit de cel obligat la plata acestei rente, nu constituie infracțiunea de abandon de familie.

Noțiunea de raport de familie trebuie înțeleasă într-un sens larg; familia cuprinde, în anumite cazuri, și persoane care conviețuiesc în afara căsătoriei. Restrângerea familiei doar la relațiile bazate pe căsătorie ar fi în discordanță cu reglementările internaționale și cu jurisprudența CEDO, care a statuat că familia cuprinde și relațiile *de facto* între persoane care conviețuiesc în afara căsătoriei²¹. În acest sens, Codul penal francez²² prevede la art. 227-3 că neexecutarea unei decizii judiciare sau a unei convenții judiciare, ce îi este impusă unei persoane, de a achita unui copil minor, descendent, unui ascendent sau **unui partener de viață** o pensie, o contribuție ori o prestație reglementată în Codul civil ca fiind una dintre obligațiile familiale, timp de mai mult de două luni fără să achite integral această obligație, este pedepsită cu doi ani închisoare și 15.000 euro amendă. Remarcăm că nu este cerută condiția neîndeplinirii obligației de întreținere cu **rea-credință**, deși, în sensul legii penale, în dreptul francez²³ reaua-credință apare ca o condiție esențială, intrinsecă pentru existența infracțiunii de abandon de familie, considerând că sancțiunea penală nu intervine decât atunci când mijloacele civile sunt insuficiente²⁴.

Considerăm că soluția adoptată de legiuitorul francez, după modificarea Codului penal prin Legea nr. 525 din anul 2011, este mai potrivită față de cea a legiuitorului

¹⁹ V. Brutaru, *Abandonul de familie*, în RDP nr. 2/2007, p. 94.

²⁰ T. Tudorel, *Drept penal român. Partea specială*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 421.

²¹ În acest sens, a se vedea I. Pascu, *Interdicția de a reveni în locuință*, în Revista de drept penal nr. 4/2002, p. 44.

²² Textul original al art. 227-3 C. pen. fr. este următorul: *Le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.*

²³ Despre sancțiunea penală a unei obligații civile, a se vedea J. Dechambre, *L'abandon de famille*, Paris, 1929, p. 78.

²⁴ În același sens, a se vedea și V. Dongoroz, *Drept penal*, București, 1939, p. 213.

român, în ceea ce privește termenul de neexecutare a obligației de întreținere. Astfel, infracțiunea de abandon de familie se pedepsește în Franța după neplata continuă a **două luni** de întreținere, față de dreptul român care sancționează neîndeplinirea obligației de întreținere după o perioadă de neplată continuă de **trei luni**. Termenul de trei luni fixat de legiuitor pentru neplata pensiei de întreținere trebuie să fie succesiv, fără întrerupere. Credem că legiuitorul a fost indulgent când a fixat acest termen, gândindu-se să lase timp debitorului obligației de întreținere, pe parcursul acestui interval, să execute de bună-voie prestația la care este obligat, evitând, astfel, aplicarea sancțiunii penale. Totuși, credem că, în această perioadă, cel îndreptățit la întreținere are de suferit, fiind lăsat fără mijloace de subzistență de cel care este obligat la întreținere.

De altfel, față de vechiul Cod penal, prin prevederile căruia era sancționat cel care, în mod **voluntar**, întârzia să achite mai mult de două luni suma integrală ce și se incumba cu titlu de alimente ori alte mijloace de subzistență, legiuitorul francez, prin modificările aduse, a renunțat la condiția de „neplată voluntară” a pensiei alimentare. S-a renunțat, totodată, și la noțiunea de **abandon pecuniar de familie**²⁵ în favoarea noțiunii de **abandon de familie**, pentru incriminarea atingerilor aduse minorilor și familiei.

Unii autori²⁶ consideră că fapta de abandon de familie se săvârșește cu **intenție directă** atunci când făptuitorul prevede rezultatul faptei sale, și anume acela al creării unei stări de pericol prin sustragerea de la îndeplinirea obligației de întreținere și urmărește acel rezultat. Dimpotrivă, fapta ar fi săvârșită cu intenție indirectă când cel îndatorat la întreținere are reprezentarea lăsării fără ajutor prin fapta sa și, deși nu urmărește rezultatul producerii unui pericol, acesta acceptă că el se poate produce. Chiar și în Codul civil regăsim, în prezent, reglementări privitoare la vinovăție; astfel, art. 16 alin. (2) prevede că: „*Fapta este săvârșită cu intenție când autorul prevede rezultatul faptei sale și fie urmărește producerea lui prin intermediul faptei, fie, deși nu îl urmărește, acceptă posibilitatea producerii acestui rezultat*”.

Codul penal vine să sublinieze tocmai acest lucru, și anume, că, fapta săvârșită prin inacțiune este susceptibilă de vinovăție numai sub forma intenției, regulă ce rezultă din prevederile art. 378 NCP care precizează că aceste inacțiuni trebuie să fie săvârșite cu **rea-credință**. O asemenea atitudine, de rea-credință, presupune existența **intenției directe**, fiind exclusă intenția indirectă, legiuitorul înțelegând să sancționeze doar varianta omisivă care prezintă un pericol social evident, săvârșită cu intenție directă (sau cu rea-credință)²⁷.

Alți autori²⁸ consideră că reaua-credință ar constitui un dol special, în timp ce există și opinii potrivit cărora reaua-credință reprezintă ceva mai puțin decât intenția, și aceasta s-ar referi la intenția indirectă²⁹. Simpla pasivitate din partea celui obligat la întreținere prin neîncadrarea într-un loc de muncă (deși are capacitate de muncă), ori neachitarea pensiei (deși are posibilități materiale de a o plăti), toate acestea reprezintă manifestări

²⁵ G. Cornu, *Droit civil. La famille*, 9^e éd., Montchrestien, Paris, 2006, pp. 257-258.

²⁶ I. Ifrim, *op. cit.*, p. 112.

²⁷ M. Boier, *Buna-credință în dreptul penal*, în RDP nr. 3/2005, p. 67; A. Verde, *Elementul subiectiv la infracțiunea de abandon de familie*, în RRD nr. 9/1969, p. 75.

²⁸ V. Papadopol, *Infracțiunile contra regulilor de conviețuire socială*, în „Principii de drept”, Ed. Științifică, București, 1959, p. 706.

²⁹ Gh. Mihăescu, V.D. Zlătescu, *Pe marginea art. 454 din Codul penal*, în Justiția Nouă nr. 2/1957, p. 271.

obiective ale intenției sau relei-credințe. Excluderea intenției indirecte în cazul abandonului de familie a fost relevată și în literatura străină³⁰, unde se arată că abandonul de familie îmbracă întotdeauna un caracter intenționat fără a implica dolul eventual.

Ni se pare convingătoare opinia profesorului George Antoniu potrivit căreia reaua-credință înseamnă că autorul are reprezentarea faptului că acționează necorespunzător și că încalcă grav cerințele legale de întrajutorare care există în cadrul relațiilor de familie, fiind conștient de răul pe care îl produce, el dorind să se comporte astfel³¹. Această probă, de ordin subiectiv, a relei-credințe, nu se prezumă, ci trebuie dovedită, deoarece prezumția este relativă (*juris tantum*), astfel că învinuitul de abandon de familie va putea face proba contrarie, stabilind, fie că beneficiarul întreținerii nu mai are nevoie de întreținere, fie că el însuși se află în imposibilitatea de a presta întreținerea³².

Dar, ceea ce ne-a atras atenția în mod deosebit, este o speță recentă, soluționată în primă instanță la Judecătoria Oradea și în apel la Curtea de Apel Oradea³³, care a iscat controverse cu privire la aplicarea și interpretarea unor dispoziții referitoare la infracțiunea de abandon de familie, comisă prin cele două modalități de reglementare, la care ne referim, și care constau în neîndeplinirea, cu rea-credință, a obligației de întreținere prevăzute de lege și în neplata, cu rea-credință, timp de 3 luni, a pensiei de întreținere stabilite pe cale judecătorească. Instanța a dispus schimbarea încadrării juridice a faptei de abandon de familie prevăzută de art. 378 alin. (1) lit. c), în ***două infracțiuni de abandon de familie***, comise în concurs formal³⁴, pe considerentul că există două persoane vătămate prin aceeași inacțiune. În doctrina anterioară intrării în vigoare a noului Cod penal, s-a susținut, pe de o parte, că neplata pensiei de întreținere față de persoane vătămate diferite constituie o pluralitate de infracțiuni³⁵, iar, pe de altă parte, în concepția altor autori³⁶, ar exista o unitate de infracțiune, chiar dacă există mai multe hotărâri de obligare la pensie de întreținere în favoarea mai multor persoane.

Credem că, opiniile diferite, exprimate în dezbateri și în concluzii pe fond și în apel, se datorează noilor reglementări din Codul penal, cu privire la existența atâtor infracțiuni câte persoane vătămate au fost lezate prin fapta săvârșită³⁷, și numai prin excepție există situații, expres reglementate de lege, când există o singură infracțiune, indiferent de numărul persoanelor vătămate. În speța amintită, cele două persoane vătămate diferite sunt minorii, beneficiari ai pensiei de întreținere, care sunt subiecții pasivi ai infracțiunii de abandon de familie. Cum cele două modalități prevăzute de art. 378 alin. (1) lit. b) și c) C. pen. nu se regăsesc printre aceste excepții, putem concluziona că, dacă inacțiunea se îndreaptă împotriva unor persoane vătămate diferite, aceasta generează un concurs formal de infracțiuni, după cum rezultă din prevederile art. 38 C. pen.

³⁰ N. Hansen, *Le débit de violation d'une obligation d'entretien*, Bonn, Basel, 1955, p. 70.

³¹ G. Antoniu, *Vinovăția penală*, Ed. Academiei, București, 2001, p. 348.

³² V. Dongoroz, *Anotarea în Jurisprudența generală*, nr. 32/1942, speța nr. 877, pp. 993-994.

³³ Dos. nr. 2708/271/2014, C. Ap. Oradea.

³⁴ Codul penal, la art. 38 alin. (2), prevede că „Există concurs formal de infracțiuni când o acțiune sau o inacțiune săvârșită de o persoană, din cauza împrejurărilor în care a avut loc sau a urmărilor pe care le-a produs, realizează conținutul mai multor infracțiuni”.

³⁵ Gh. Vizitiu, *Considerații privind încadrarea juridică în materia abandonului de familie, prevăzut de art. 305 lit. c) C. pen.*, în RRD nr. 2/1979, p. 24.

³⁶ G. Antoniu și colab., *Practică judiciară penală*, vol. II, Ed. Academiei, 199, pp. 213-214.

³⁷ V. Mirișan, *Reflecții asupra infracțiunii de abandon de familie, comisă prin două dintre modalitățile normative*, în Revista „Universul Juridic” nr. 6, iunie 2015, pp. 60-68.

CONSIDERAȚII PRIVIND APLICAREA REGULAMENTELOR UNIUNII EUROPENE ÎN MATERIA REGIMURILOR MATRIMONIALE REGLEMENTATE ÎN DREPTUL ROMÂNESC*

Oana ISPAS**

Abstract:

This study aims to investigate the influence of perpetrators of European civil law rules on regulatory developments in the Romanian law on matrimonial regime of the spouses as a result of the accession of Romania to the European Union concluded in 2007. The research aims at determining the legal and presenting the main changes in the pre-accession and post-accession period in the property consequences of the marriage, followed by analysis of the innovations that Romanian legislation sought to align EU rules with provisions of the new civil Code adopted on 4 years after accession. Finally the author discusses Romania's position on the latest European instrument in matrimonial property regimes, Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016.

Keywords: *Regim matrimonial, Uniunea Europeană, Regulamentul (EU) 2016/1103, Cooperare consolidată*

I. Cadrul legal al regimului matrimonial în dreptul românesc anterior anului 1990

La momentul schimbării regimului politic din România, în anul 1989, și deschiderea societății române către valorile europene occidentale, efectele patrimoniale ale căsătoriei erau reglementate în dreptul civil românesc prin Codul familiei¹ din ale cărui principii rezulta, printre altele, că raporturile patrimoniale dintre soți nu sunt de esența relațiilor de familie, ci de natura lor, iar principalul izvor al familiei îl reprezintă căsătoria (art. 1 alin. (3) C. fam).

Față de scopul prezentei teme interesează funcția economică pe care legea o atribuia la acea vreme familiei, funcție în temeiul căreia se instituiau în sarcina ambilor soți obligații pecuniare conjugale precum participarea la cheltuielile casnice prin veniturile personale (art. 29) și asigurarea reciprocă a întreținerii materiale în caz de nevoie datorată imposibilității de a munci, obligații rezultate din principiul general al ajutorului moral și

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU-159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. **Investește în Oameni!**

** Dr., Cercetător postdoctorat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Academia Română, București, România; e-mail: ispasoana@gmail.com.

¹ Codul familiei, adoptat prin Legea nr. 4/1953, a fost pus în aplicare prin Decretul nr. 32 din 30 ianuarie 1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei și a Decretului privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, și a fost abrogat prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

material datorat reciproc de către soți. În privința dobândirii bunurilor de către soți, art. 30 C. fam. institua o filosofie colectivistă prin impunerea regimului legal al comunității de bunuri, al proprietății comune devălmășe a soților. În virtutea acestei proprietăți colective, exercițiul drepturilor reale asupra bunurilor comune se supunea prezumpției de mandat tacit, astfel încât fiecare soț putea folosi, administra și dispune singur de oricare bun mobil comun, iar în privința dreptului de dispoziție asupra bunurilor imobile se impunea consimțământul expres al ambilor soți, personal sau prin mandatar cu procură specială. Pentru folosința și administrarea bunurilor imobile se aplica, precum la bunurile mobile, prezumpția mandatului tacit reciproc. Deloc de neglijat, aceste reglementări înlesneau administrarea eficientă a patrimoniului comun, de către soți cu puteri egale în plan juridic.

Sub imperiul Codului familiei, până la adoptarea și punerea în aplicare a noului Cod civil român, la 1 octombrie 2011², regimul matrimonial al comunității de bunuri a reprezentat singurul regim matrimonial permis cetățenilor români. Conform acestui regim legal, în patrimoniul fiecărui soț existau două mase de bunuri: pe de o parte masa bunurilor proprii dobândite înaintea căsătoriei, sau chiar în timpul căsătoriei, dar provenind din moștenire, prin înlocuirea altor bunuri proprii, ori bunuri afectate uzului personal sau exercitării profesiei, sau bunuri obținute din creație intelectuală, premii ori despăgubiri; pe de altă parte exista masa bunurilor comune dobândite după încheierea căsătoriei, independent de natura lor, stăpânite în devălmășie cu celălalt soț. Pe cale de consecință, instituția de drept civil a convenției matrimoniale, prevăzută în Codul civil de la 1865 în art. 1223-1233, nu mai putea produce efecte și prin urmare a fost abrogată (alături de prevederile privind societatea de achiziții) prin Decretul 32/1954 de punere în aplicare a Codului familiei. Pentru a întări interdicția încheierii unor pacte derogatorii de la regimul matrimonial unic, obligatoriu și imuabil al comunității de bunuri, art. 30 alin. (2) C. fam. prevedea *expressis verbis* că „orice convenție contrară este nulă”.

Cu toate că dreptul material, după cum am arătat, nu mai recunoștea principiul libertății convenției matrimoniale, în cadrul raporturilor de familie cu element străin, dreptul internațional privat român reglementa pe larg, prin norme conflictuale aliniate la legislația internațională³, convenția matrimonială. Astfel, alături de alte criterii de selecție, art. 20 din Legea nr. 105/1992⁴, fixa ca prim element de legătură în determinarea legii aplicabile efectelor personale și patrimoniale dintre soți, legea națională (*lex patriae*) a acestora, sau, în lipsă, legea statului de domiciliul comun (*lex domicilii*) al soților cu cetățenii diferite, sau, în lipsă, legea statului în care aceștia își aveau reședința comună ori cu care întrețineau cele mai strânse legături. Se observă astfel că moștenirea

² Noul Cod civil Român a fost pus în aplicare prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

³ Prevederile Legii nr. 105/1992 sunt inspirate din Convenția de la Haga din 14 martie 1978 cu privire la legea aplicabilă regimului matrimonial, neratificată de România și foarte puțin folosită datorită faptului că a fost considerată, în ansamblu, ca fiind greoaie. Dintre puținele state care au adoptat-o, doar Franța și Luxemburg au implementat-o, iar Olanda a denunțat-o.

⁴ Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat, publicată în M. Of. nr. 25 din 1 octombrie 1992, a fost parțial abrogată, art. 1-33 și art. 36-147 la data intrării în vigoare a Codului civil din 2011, dar parte din prevederile sale au fost preluate în Cartea a VII-a a Codului, Dispoziții de drept internațional privat.

lăsată de dreptul francez, a preeminenței legii naționale, s-a perpetuat în România până la reforma dreptului civil din 2011.

Deși se pot formula numeroase critici la adresa Codului familiei de la 1954 din pricina excluderii libertății soților în alegerea regimului matrimonial realizată prin interzicerea convențiilor matrimoniale și impunerea unui singur regim matrimonial imuabil, normele de drept al familiei au constituit, în ansamblul lor, un relativ progres prin consolidarea legislativă a reglementării raporturilor de familie într-un singur act normativ, specializat⁵, prin preluarea în text a dispozițiilor privind eliberarea femeii de sub puterea maritală a bărbatului și reconsiderarea capacității acesteia de a dispune de bunurile familiei, în aceeași măsură ca și bărbatul. Prin aceste accente juridice se eficientiza, în practică, administrarea și gestionarea averii familiei.

Concluzia secțiunii

Aspectele dinamice modificate în istoria dreptului român modern al familiei sunt aceleași puncte fierbinți, adevărate cauze formale, care au generat modificări evolutive în materia regimului matrimonial internațional actual, și anume libertatea de voință a soților în scopul autodeterminării raționale, cvasiuniversale, conștiente, și informate asupra viitoarei vieți de familie, și flexibilizarea relațiilor verticale, administrative dintre cetățeni și Stat, astfel încât patrimoniul conjugal să poată fi gestionat în siguranță, cu ușurință, și predictibilitate. Diferența specifică dintre cele două societăți analizate, societatea românească în epocă și Uniunea Europeană, relevă modul de aplicare de către o organizație politică întemeiată pe statul de drept a unor norme juridice flexibile, autentice, mature și juste⁶ asupra unei întinse societăți multiculturale.

II. Modificări aduse regimului matrimonial în dreptul intern prin adoptarea și aplicarea noului Cod civil, sub influența normelor de drept european

Ca urmare a aderării României la 1 ianuarie 2007 la Uniunea Europeană⁷, cetățenii români au dobândit treptat libertăți europene, având pe lângă dreptul de a călători și pe acela de a stabili relații de muncă, studiu, căsătorie și de a-și fixa reședința obișnuită pe teritoriul altui stat membru. În acest context, al intensificării fluxului real de emigrație și de către cetățeni români, importanța deosebită pe care relațiile de familie în general au probat-o pe toate planurile vieții sociale internaționale, a obligat autoritățile cu puteri legislative, naționale și ale Uniunii Europene, să se aplece cu și mai mare interes asupra segmentelor ce articulează aceste relații. Astfel, la nivel comunitar au fost adoptate Regulamente în materia dreptului civil, acte normative orientate funcțional în zone de aplicabilitate socială cotidiană precum: regimurile matrimoniale, succesiunile,

⁵ Norme juridice ale Codului civil, devenite desuete, învechite sau anacronice în raport de evoluția socială și emanciparea femeii, au suferit amendamente sau abrogări fie prin Constituția din 1923 (art. 6 alin. (3), instituia deplină egalitate dintre cele două sexe), fie prin adoptarea unor legi speciale care, fără a fi strict de dreptul familiei, au produs consecințe juridice moderne în zona relațiilor de familie. Pentru detalii, Cristina Nicolescu, *Regimurile matrimoniale convenționale în sistemul noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. 63-70 și autorii citați acolo.

⁶ N. Reich, *Principiile generale ale dreptului civil al Uniunii Europene*, Ed. Universitară, București, 2014, pp. 3-27.

⁷ Tratatul privind aderarea Bulgariei și a României la Uniunea Europeană, publicat în M. Of. nr. 465 din 1 iunie 2005.

recunoașterea hotărârilor judecătorești și a actelor autentice de drept civil și comercial⁸ punându-se în discuție chiar natura compozițională a viitoarei familii sau necesitatea și suficiența autorizării de către stat a unui act cum este contractul de căsătorie⁹.

Evoluția dreptului civil român sub auspiciile procedurii de aderare se originează din concomitența a două tipuri de reformă, interconectate, pe care le-a suportat societatea română: aderarea la Uniunea Europeană și reformarea principalelor ramuri de drept. Astfel, în paralel cu calendarul procedurilor de aderare, derulat între 1993-2007¹⁰, în plan legislativ intern s-a desfășurat calendarul de reformă legislativă, între 2004-2011¹¹, finalizat – în materia care ne interesează – cu recodificarea dreptului civil în manieră monistă prin integrarea dispozițiilor de drept comercial, de dreptul familiei și dreptul internațional privat într-un singur Cod civil.

În dreptul pozitiv substanțial art. 312-372 C. civ. Capitolul VI, *Drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților*, Cartea a II-a, *Despre familie*, concretizează noul regim matrimonial român. Reglementarea este de reparație, de revenire la tradiția pluralității și convenționalității regimului matrimonial și realizează progresul prin adaptarea legislației la realitățile social-economice, naționale și internaționale, și armonizarea cu sistemele de drept comparat al statelor membre ale Uniunii. Principalele modificări survenite după aderare sunt în armonie cu legislația din majoritatea statelor membre și referă la:

- Aplicarea principiului pluralității de regimuri matrimoniale statutului personal al cetățenilor români. Potrivit art. 312 C. civ., soții pot opta între: regimul legal al comunității de bunuri, regimul convențional al comunității de bunuri și regimul convențional al separației de bunuri;

- Aplicarea principiului autonomiei de voință al soților în alegerea regimului matrimonial, în limitele regimului primar, cu care acesta nu se confundă¹² și de la care nu se poate deroga;

- Aplicarea principiului libertății convențiilor matrimoniale pentru alegerea regimului matrimonial și implicit aplicarea regulilor libertății contractuale în raporturile de drept al familiei¹³, cu mențiunea că în doctrină se distinge între limitele libertății

⁸ Literatura de specialitate accentuează asupra consensului „în sensul absenței unei competențe generale a UE”, evitându-se adoptarea de coduri generale, deoarece competența UE este centrată „asupra funcției și sistemului, iar nu a domeniului”. Dreptul civil european este în evoluție și nu se substituie legislațiilor naționale ale statelor membre. Pentru detalii, N. Reich, *op. cit.* p 23-25.

⁹ Temă deosebit de actuală la nivelul Uniunii Europene (dar care excede prezentului studiu), calificarea postmodernă a căsătoriei primește noi valențe, aceasta tinzând a nu mai fi considerată drept singura instituție de uniune și conviețuire posibilă dintre doi oameni, iar schimbările de perspectivă pun în discuție însăși natura juridică a parteneriatului civil, dacă acesta este, în sine și prin sine, un act sau un fapt juridic.

¹⁰ La 1 februarie 1993 se semnează Acordul European de asociere, la 25 aprilie se semnează Tratatul de aderare și la 1 ianuarie 2007 România devine membră a Uniunii Europene în urma concluziilor pozitive ale Raportului CE din 26 septembrie 2006.

¹¹ Cronologic: 2004 inițierea proiectului de redactare, 2009 adoptarea și publicarea Legii nr. 287/2009, 2011 intrarea în vigoare – 1 octombrie 2011 – prin Legea de punere în aplicare nr. 71/2011.

¹² Pentru detalii Adrian A. Banciu, *Raporturile patrimoniale dintre soți potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 18.

¹³ Noutate absolută în reglementarea raporturilor patrimoniale dintre soți, Codul civil permite astăzi vânzarea între soți, operațiune juridică strict prohibită în istoria dreptului românesc, care nu ar fi fost posibilă fără existența variantei regimului matrimonial de separație.

contractuale obișnuite și libertatea contractuală specifică, izvorâtă din raporturile de familie¹⁴. Condițiile de fond și de formă ale convenției matrimoniale presupun capacitatea deplină a părților, consimțământul liber exprimat *in personam* sau prin mandatar cu procură specială și conținut predeterminat, precum și solemnitatea înscrisului sub forma actului autentic încheiat în fața notarului public¹⁵.

Aplicarea principiului mutabilității regimului matrimonial, prevăzut la art. 369-372 C. civ., permite soților să revină asupra regimului inițial ales, cu respectarea anumitor condiții¹⁶, și să aleagă un alt regim matrimonial permis.

Prin actualele reglementări regimul juridic matrimonial român se înscrie în linia dominantă a legislațiilor europene, cele mai multe dintre acestea fiind regimuri de pluralitate, de comunitate de bunuri, convenționale, mutabile, flexibile¹⁷. Se observă că în această materie legiuitorul a preferat să se abată de la modelul său declarat, cel al Codului civil din Quebec, al cărui regim matrimonial este de separație de bunuri, un tip destul de diferit de tradiția Europei continentale. Codul civil din Quebec¹⁸ stabilește ca regim matrimonial legal un tip eclectic, separatist, regimul societății de achiziții care combină regimul de comunitate cu cel de separație. Considerat de doctrină¹⁹ drept un regim complicat și puțin folosit²⁰, societatea de achiziții este prezentă în Europa ca regim legal doar în Germania și Elveția iar ca regim convențional în Franța, Italia și Belgia. În România este permis doar ca variantă de inspirație franceză, indirect, convențional, și doar pentru lichidarea regimului matrimonial (art. 360 alin. (2) C. civ.)²¹.

În dreptul internațional privat român, normele conflictuale referitoare la legile aplicabile regimurilor matrimoniale se regăsesc în Codul civil²² și reprezintă, în linii generale, preluarea dispozițiilor din Legea nr. 105/92²³, care la rândul său este o preluare

¹⁴ Pentru dezvoltări, Cristina Nicolescu, *Regimurile matrimoniale convenționale în sistemul noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 72 și urm.

¹⁵ Art. 329-338 C. civ., *Alegerea regimului matrimonial*.

¹⁶ Să fi trecut cel puțin un an de la încheierea căsătoriei, să se îndeplinească formalitățile de publicitate și să nu prejudicieze intereselor terților.

¹⁷ Pentru o analiză detaliată a „tipologiei regimurilor matrimoniale convenționale în diferite sisteme de drept” europene, a se vedea Cristina Nicolescu, *op. cit.* pp. 180-257.

¹⁸ Codul civil din Quebec a fost adoptat la 1 iulie 1970, modificat în 1994 și considerat de redactorii codului civil român ca fiind unul dintre cele mai moderne coduri civile actuale. Însă, regimul matrimonial aplicat de Quebec este unul mixt, care încearcă să îmbine tradiția continentală a dreptului francez cu reglementările de *common law* specifice legislației din restul Canadei, aspecte inadecvate tradiției sociale, culturale și juridice din România.

¹⁹ Pentru detalii, Cristiana M. Crăciunescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 62 și urm.

²⁰ Conform acestuia, pe durata căsătoriei, soții nu au o masă de bunuri comune, fiind supuși regimului de separație. În schimb, la încetarea căsătoriei ei se supun regulilor comunității de bunuri, însă numai în ceea ce privește plus valoarea dobândită în patrimoniul fiecărui soț. Astfel, lichidarea regimului înseamnă o comparare a valorii patrimoniului propriu la cele două momente și împărțirea eventualului beneficiu, dobândit în timpul conviețuirii, cu celălalt soț.

²¹ M. Avram, *Drept civil, Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 340.

²² Art. 2589-2596, Secțiunea 1, Căsătoria, Capitolul II Familia, Titlul II, Conflicte de legi, Cartea a VII-a *Dispoziții de drept internațional privat*.

²³ Legea nr. 105 din 22 septembrie 1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat, publicată în M. Of. nr. 245 din 1 octombrie 1992.

din Convenția de la Haga din 14 martie 1978²⁴ care prevede la art. 3 lit. a). prima variantă alternativă pentru *lex voluntatis* ca fiind *lex patriae*, urmată de *lex domicilii*. Domeniul de aplicare al Convenției se limitează la regimul matrimonial în sens restrâns, acestuia excedându-i obligațiile de întreținere dintre soți, normele privind divorțul, regulile privind capacitatea soților, precum și raporturile născute din succesiune²⁵. Principalele modificări operate de redactorii noului Cod civil față de Legea nr. 105/92, ce pot fi puse în relație cu alinierea legislației la Uniunea Europeană, se referă la schimbarea priorității punctului de legătură dintre soți și legea aplicabilă. Dacă Legea nr. 105/92, prin normele conflictuale ale art. 20, acorda întâietate elementului național al cetățeniei comune a soților și în subsidiar celui de domiciliu, Codul civil (art. 2589) preferă legea statului de reședință comună obișnuită a soților ca prim criteriu de selecție a normei aplicabile, urmată de legea cetățeniei comune sau, în lipsă, de legea locului celebrării căsătoriei. Modificarea este de inspirație unionistă, modernă, din Regulamentul (CE) 2201/2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești. Deși domeniul regulamentului nu este strict regimul matrimonial, art. 3 stabilește în materie matrimonială noua viziune europeană, de alegere a competenței instanțelor în principal după reședința obișnuită a soților. În anul 2004 când în România a demarat proiectul noilor coduri, aceasta se afla într-o etapă avansată de aderare la Uniunea Europeană, finalizând în decembrie 2004 negocierile de aderare, astfel încât redactorii codului au fost interesați să prevadă în noile proiecte norme adoptate deja la nivelul Uniunii prin regulamentele pe domenii. Toate acestea avându-se în vedere alături de cerințele de prioritate prevăzute în actele institutive ale Uniunii (art. 2-4 Actul de aderare) și în Constituția României (art. 20).

După aderare, regulamentele care se aplică direct statelor membre, incidente în dreptul familiei cu element de extraneitate, păstrează punctul de legătură dintre reședința comună obișnuită a părții și legea statului competent. Art. 4 din Regulamentul (UE) nr. 650/2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor²⁶, stabilește competența generală a instanțelor de la reședința obișnuită a defunctului, dacă acesta nu a ales în timpul vieții altă lege ca fiind *lex fori*. Art. 3 din Regulamentul (CE) nr. 4/2009 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere²⁷, leagă competența generală de soluționare de reședința obișnuită a pârâtului sau după caz, a reclamantului.

²⁴ Convenția asupra legii aplicabile regimurilor matrimoniale încheiată la Haga în 1978 și neratificată de România, a intrat în vigoare la 1 septembrie 1992, aplicându-se doar Franței și Luxemburgului deși a fost model de inspirație pentru majoritatea legislațiilor europene.

²⁵ Limitarea pe domeniu, inițiată de Convenția de la Haga, a devenit procedură uzuală de reglementare, în prezent fiind adoptate (sau inițiate proceduri pentru adoptare) diverse regulamente specializate, cu scopul introducerii normelor de uniformitate, pentru domenii de largă aplicabilitate practică.

²⁶ JO L 201, 27 iulie 2012, p. 107.

²⁷ JO L 7, 10 ianuarie 2009, p. 1.

Concluzia secțiunii

În perioada de aderare²⁸, regimul matrimonial a fost reglementat în România mai întâi pe planul dreptului internațional privat, deși fără aplicabilitate față de cetățenii români, căsătoriți, cu domiciliul în străinătate care devin astfel defavorizați pe plan internațional²⁹. În perspectiva recodificării dreptului civil redactorii noului Cod au valorificat posibilitatea introducerii în proiectul de act normativ a reglementărilor considerate necesare și utile din dreptul primar și derivat al Uniunii Europene, precum și a regulilor cuprinse în regulamente, directive și decizii. Prin noul Cod civil din 2011 se dă expresie unor reguli comune majorității statelor membre în materia regimurilor matrimoniale, fie prin imitație, fie prin preluarea din actele normative ale Uniunii, în scopul armonizării legislației naționale cu ale celorlalte state membre, în perspectiva aplicării cu ușurință a unor eventuale reguli uniforme, cât mai cuprinzătoare, în materia regimurilor matrimoniale.

III. Poziția României față de cel mai recent instrument european cu incidență în relațiile de familie, *Regulamentul (UE) 2016/1103* de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul competenței, al legii aplicabile și al recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești în materia regimurilor matrimoniale. Preocupările cele mai recente ale Comisiei Europene în reglementarea relațiilor de conviețuire se referă la condițiile de administrare a bunurilor aparținând cuplurilor internaționale³⁰.

Un set de norme europene uniforme s-a dorit a fi cristalizat prin propunerea de regulament a Consiliului European COM (2011) 125, adoptată de Comisia Europeană la 16 martie 2011, privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materia regimurilor matrimoniale. Expunerea de motive³¹ evidențiază demersurile efectuate de comisie, începând cu anul 2003, pentru pregătirea propunerii de regulament tuturor factorilor implicați, prin proceduri instituționale constând în consultarea statelor membre, a publicului, a instituțiilor, prin publicarea unei Cărți verzi privind regimurile matrimoniale, prin dezbateri publice și consultarea punctelor de vedere a diverse grupuri de experți sau cetățeni cu profesii diferite. În preambulul propunerii de regulament autorii arată că acesta nu încalcă principiile subsidiarității și al proporționalității, precum și împrejurarea că obiectivul general prin care „Uniunea trebuie să adopte măsuri privind cooperarea judiciară în materie civilă cu implicații transfrontaliere” nu poate fi atins în această materie decât prin „măsuri referitoare la armonizarea normelor privind conflictul de legi, menite să faciliteze recunoașterea reciprocă a hotărârilor” (considerentele 1-3). În urma acestor dezbateri, totuși, la 3 decembrie 2015 Consiliul constată imposibilitatea adoptării propunerii de regulament în domeniul regimurilor matrimoniale și a efectelor patrimoniale ale parteneriatelor înregistrate, din cauza lipsei de unanimitate din cadrul statelor membre.

²⁸ Pentru studiul de față are relevanță perioada cuprinsă între adoptarea Legii nr. 105/1992, la 22 septembrie 1992 și aplicarea noului Cod civil, la 1 octombrie 2011.

²⁹ Considerați defavorizați din cauza imposibilității de a încheia convenții matrimoniale, neadmise de dreptul substanțial român. Pentru detalii, Nadia C. Dariescu, *Relațiile patrimoniale dintre soți în dreptul internațional privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 120 și urm.

³⁰ În sensul prezentelor regulamente prin „cuplu” se înțelege atât uniunile tradiționale, unite prin căsătorie, cât și cele postmoderne, unite prin parteneriate civile înregistrate.

³¹ Bruxelles, 16.3.2011 COM(2011) 126 final 2011/0059 (CNS).

Blocarea procedurilor de finalizare a dat ocazia unui număr de 18 state membre³² (din totalul de 28) să solicite Comisiei adoptarea de către Consiliu a unei decizii care să declanșeze mecanismul de cooperare consolidată, astfel încât normele uniforme ale propunerii de regulament să se aplice în relația dintre aceste state³³. Prin Decizia (UE) 2016/954 se acordă statelor solicitante dreptul la cooperare consolidată, iar în temeiul art. 328 alin. (1) TFUE, de la data consolidării lor, formele de cooperare sunt deschise tuturor statelor membre.

În principiu, Regulamentul (UE) 2016/1103 privind competența, legea aplicabilă și recunoașterea hotărârilor judecătorești în materia regimurilor matrimoniale prelungește firesc prevederile conexe cuprinse în: Regulamentul (CE) 2001/44³⁴, Regulamentul (UE) 2003/2201³⁵, Regulamentul (UE) 2009/4³⁶, Regulamentul (UE) 2010/1259³⁷, Regulamentul 2012/650³⁸ consolidându-se astfel palierul de reglementare al relațiilor de familie cu implicații transfrontaliere articulat logic și cronologic pe acte și fapte juridice privind căsătoria, filiația, obligațiile de întreținere, divorțul, separarea și succesiunea.

Cu privire la conținutul său, regulamentul promovează principiul *lex voluntatis* pe scară largă, astfel încât determinarea subiectivă a legii primează, fiind principala modalitate de stabilire a legii aplicabile; determinarea obiectivă acționează doar în subsidiar, când părțile nu au putut sau nu au dorit să-și aleagă legea aplicabilă și are în vedere, de regulă, ca prim element de legătură legea statului de reședință. Succint, regulile generale prevăd: competența în materia regimurilor face obiectul acordului soților (art. 5), soții pot conveni să desemneze sau să schimbe legea aplicabilă regimului lor matrimonial (art. 22), legea desemnată ca aplicabilă se aplică indiferent dacă aparține sau nu unui stat membru (art. 20), legea aplicată regimului matrimonial este universală aplicându-se tuturor bunurilor soților (art. 21), regulamentul nu aduce atingere normelor de aplicare imediată a legii forului (art. 30), hotărârile pronunțate de un stat membru sunt recunoscute pe teritoriul celorlalte state membre fără a necesita proceduri speciale (art. 36), iar actele autentice incidente în materie au aceeași forță probantă (sau cea mai apropiată) în oricare alt stat membru (art. 58).

În ceea ce privește poziția statului Român față de propunerea inițială a Regulamentului sub forma COM (2011) 125, opinia transmisă de Camera Deputaților președintelui Parlamentului European la 1 iunie 2011, arată că „în privința

³² Cererea de declanșare a mecanismului de cooperare consolidată a fost depusă de: Belgia, Bulgaria, Republica Cehă, Germania, Grecia, Spania, Franța, Croația, Italia, Luxemburg, Malta, Țările de Jos, Austria, Portugalia, Slovenia, Finlanda, Suedia și Cipru, iar Estonia și-a anunțat intenția de a se alătura în curând.

³³ Mecanismul de cooperare consolidată a fost declanșat pentru prima dată cu privire la regulamentul Consiliului 1259/2010 în domeniul legii aplicabile divorțului și separării de corp.

³⁴ Regulamentul (CE) 2001/44 privind competența judiciară și recunoașterea hotărârilor judecătorești civile și comerciale.

³⁵ Regulamentul (CE) 2003/2201 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești.

³⁶ Regulamentul (UE) 2009/4 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere.

³⁷ Regulamentul (UE) 2010/1259, Roma II, de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidată în domeniul legii aplicabile divorțului și separării de corp.

³⁸ Regulamentul (UE) 2012/650 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor.

Regulamentului COM (2011) 125 a pregătit argumentele *de susținere* a inițiativelor legislative”³⁹.

În ceea ce privește participare României la cooperarea consolidată alături de celelalte 18 state, Senatul României a adoptat Hotărârea nr. 75/9 mai 2016⁴⁰ prin care se constată că regulamentul nu încalcă principiile subsidiarității și proporționalității și prin care se notează importanța introducerii unor garanții de protecție a tradițiilor naționale în materie și alegerea judicioasă a instrumentului legislativ potrivit. Prin prisma art. 5 lit. f) și art. 30 lit. b) din anexa la regulamentul Senatului, apreciem că hotărârea nu exprimă rezerve cu privire la aplicarea Regulamentului (UE) 2016/1103, ci reprezintă o opinie destinată comunicării cu instituțiile europene prin care Senatul României a expus punctul său de vedere asupra documentului și considerăm că o decizie va fi luată doar după continuarea examinării *ex post*, astfel cum prevăd etapele de lucru ale mecanismului decizional aplicabile în domeniul afacerilor europene.

Prin urmare, ne exprimăm încrederea că statul Român se va alătura celor 18 state inițiatoare, iar cetățenii români vor beneficia de un corp de legi conflictuale uniforme cu privire la efectele patrimoniale ale relațiilor de familie cu element de extraneitate, alături de marea majoritatea a cetățenilor europeni.

Concluzie

România s-a alăturat statelor membre ale Uniunii Europene la vremea când legislația sa internă privind regimul matrimonial era depășită de dinamica relațiilor sociale, economice și culturale, când aceasta constituia un corp de norme rigide și singulare în peisajul dreptului comparat, care defavoriza proprii cetățeni. Datorită avantajului creat prin demararea procesului de recodificare a Codului civil în paralel cu procesul de aderare, normele moderne și democratice ale dreptului european au putut fi introduse în legislația românească în mod armonios, prin gruparea în noul Cod civil atât a prevederilor de drept substanțial, cât și a celor de drept conflictual. Influența prevederilor legale europene a transformat materia regimului matrimonial în primul rând prin schimbarea de paradigmă, în sensul apropierii relațiilor de familie de relațiile contractuale asupra cărora domină principiul libertății de voință (dar nu absolut) în stabilirea normelor de conduită. Eliberarea de generalizarea constrângătoare a aplicării *lex patriae* și aplicarea cât mai frecventă a legii statului de reședință demonstrează globalizarea, mobilitatea și funcționarea societății de imigrație prin așezarea liberă a persoanelor cu cetățenii diferite pe un teritoriu fără frontiere interioare. În aceste condiții cooperarea la nivel legislativ dintre statele membre devine element *sine qua non*, iar România nu poate sta deoparte în fața progresului.

Rațiunea nevoii de cooperare rezidă în principal din existența din ce în ce mai numeroasă în spațiul Uniunii Europene a cuplurilor internaționale, căsătorite sau necăsătorite, care întâmpină dificultăți de ordin administrativ sau legislativ în organizarea și administrarea bunurilor ce le aparțin conform regimului matrimonial. Ponderea crescândă a cuplurilor care nu împărtășesc aceeași naționalitate sau care dețin cetățenie diferită ori mai multe cetățenii diferite, care își stabilesc reședința obișnuită, comună sau

³⁹ www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COM20110127/rocam.do – corespondență politică, opinia Camerei deputaților 1/946/RA din 1 iunie 2011, p 3.

⁴⁰ M. Of. nr. 359 din 11 mai 2016.

nu, pe teritoriul unui alt stat față de cel de cetățenie și care dobândesc bunuri imobile aflate în diverse state membre ale Uniunii Europene, determină necesitatea adoptării în planul dreptului civil internațional privat a unor instrumente legislative care să îmbunătățească siguranța și predictibilitatea soluțiilor instituționale și care să permită planificarea de către parteneri a propriei vieți de familie în cunoștință de cauză și pe cât posibil prin accentuarea libertății de alegere a regulilor aplicabile regimului matrimonial. Un astfel de instrument considerăm că este și Regulamentul (UE) 2016/1103 *de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul competenței, al legii aplicabile și al recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești în materia regimurilor matrimoniale*, față de care, în prezent, România se află în proces decizional.

DESPRE CAPACITATEA MATRIMONIALĂ A MINORULUI

*Silvia IOSA**

Abstract:

Property relations between spouses, and between spouses and a third front of the marriage are subject to a set of legal rules called "the matrimonial regime". This phrase designating the legal rules governing relations between spouses, and between them and third parties regarding the assets and debts of the spouses.

The designation of the matrimonial regime which is applicable during the legal time of marriage is achieved through the „matrimonial Convention”. It tis a legal act by which the future spouses shall determine the rules applicable to their legal property relations arising from the marriage or spouses modifies these rules, during the marriage, within the limits imposed by article 1169 of the Civil Code.

In order to know what are the conditions under which a minor may choose his matrimonial regime, it tis necessary to be identified the particularities of the matrimonial Convention for the situation that one of the parties does not have full capacity of exercise, or is a minor.

The conclusion ist hat the legislature has recognized the juvenile can choose his or her matrimonial property regime before marriage as well as faculty to modify the matrimonial Convention or the matrimonial regime during the legal time of marriage, but it should be noted that these faculties are subject to certain limits.

Keywords: *matrimonial convention, minor, matrimonial capacity*

Instituția juridică reglementată în prezent de dispozițiile art. 329-338 C. civ. român, a fost denumită diferit de teoreticieni, în decursul timpului, fie „convenție matrimonială”, fie „convenție de căsătorie”, „contract matrimonial” sau „contract de căsătorie” și a fost definită în doctrină ca actul juridic prin care viitorii soți își stabilesc propriul regim matrimonial sau după caz, prin care soții modifică regimul lor matrimonial¹.

Fiind, în esență, un contract civil, convenției matrimoniale îi este pe deplin aplicabil principiul libertății de a contracta, care conferă părților libertatea de a determina conținutul acestuia, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri.

Așadar, convenția matrimonială este actul juridic prin care viitorii soți determină regulile juridice aplicabile raporturilor lor patrimoniale izvorâte din căsătorie ori prin care soții modifică aceste reguli, pe parcursul căsătoriei, în limitele impuse de art. 1169 C. civ.

Pornind de la această definire a convenției matrimoniale, pentru a se cunoaște în ce condiții un minor își poate alege regimul matrimonial, trebuie identificate particularitățile acesteia, pentru situația în care una dintre părțile contractante nu are capacitate deplină de exercițiu sau este minor, distincte, deopotrivă, în funcție de momentul în care intervine acordul de voință în raport de momentul încheierii căsătoriei.

* Judecător, drd. Universitatea „1 Decembrie 1918” Alba Iulia; e-mail: silvia.iosa@uab.ro

¹ Florian E., *Regimuri matrimoniale*, Ed. C. H. Beck, București, 2015, p. 57.

Cu alte cuvinte, alegerea regimului matrimonial anterior încheierii căsătoriei, precum și modificarea regimului matrimonial pe parcursul căsătoriei, în situația în care viitorul soț, respectiv soțul nu a împlinit vârsta de 18 ani este posibilă, însă pentru a fi validă, se impune respectarea dispozițiilor legale privitoare la *capacitatea de a contracta matrimonial*.

Codul civil reglementează expres posibilitatea alegerii sau modificării regimului matrimonial de către un minor prin dispozițiile art. 337 alin. (1), care prevăd, în esență, că minorul poate încheia sau modifica o convenție matrimonială.

Textul de lege transpune principiul provenit din dreptul cutumiar francez² *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* – cine poate încheia valabil o căsătorie, poate, de asemenea, încheia valabil o convenție matrimonială, întrucât pentru minorul care se căsătorește prima oară, condițiile cerute pentru încheierea căsătoriei sunt identice cu cele necesare pentru a contracta matrimonial, cu excepția „avizului medical” și a motivelor temeinice, care nu sunt necesare pentru a putea încheia convenția matrimonială.

Astfel, dacă minorul care nu a mai fost căsătorit îndeplinește cumulativ condițiile prevăzute de art. 272 alin. (2) C. civ., acesta poate încheia valabil o căsătorie, respectiv dacă a împlinit vârsta de 16 ani, deține avizul medical special eliberat în acest scop, are încuviințarea ocrotitorilor săi legali și autorizarea instanței de tutelă în circumscripția căreia domiciliază, în timp ce pentru a putea încheia valabil o convenție matrimonială, este obligatoriu doar ca acesta să fi îndeplinit vârsta matrimonială, să existe încuviințarea reprezentantului legal și autorizarea instanței de tutelă.

Legiuitorul a conturat, iată, o varietate a capacității civile de a contracta, și anume capacitatea de contracta matrimonial, abilitând minorul să încheie propria convenție matrimonială, aparent independent de existența „motivelor temeinice” pentru care căsătoria se poate încheia mai devreme de împlinirea vârstei de 18 ani, ori de împrejurarea că este sau nu avizat medical pentru a se putea căsători. Cu toate acestea, apreciem că admiterea unei cereri de autorizare a minorului să încheie o convenție matrimonială, impune și dovedirea îndeplinirii condițiilor pentru a putea încheia căsătoria, condiții care trebuie să existe în persoana solicitantului. În lipsa acestor dovezi minorul nu ar putea fi autorizat să încheie convenția matrimonială, acest act fiind unul cauzal special și accesoriu căsătoriei, cauza juridică specifică fiind tocmai *affectio conjugalis*³.

S-a arătat în doctrină, că momentul încheierii convenției matrimoniale fiind diferit de cel al încheierii căsătoriei, capacitatea părților trebuie apreciată pentru fiecare dintre cele două acte la momentul încheierii lor⁴.

Așa fiind, minorul care are capacitate de exercițiu restrânsă, dar care a împlinit vârsta de 16 ani, poate, cu încuviințarea ocrotitorului său legal și cu autorizarea instanței de tutelă să încheie ori să modifice o convenție matrimonială oricând înainte de încheierea căsătoriei. Condiția este aceea ca vârsta de 16 ani să fie împlinită la momentul încheierii convenției matrimoniale, nu doar la momentul încheierii căsătoriei⁵, chiar dacă

² *Ibidem*, p. 63.

³ *Ibidem*, p. 62.

⁴ Crăciunescu C.M., Berindei M.G., *Convenția matrimonială. Considerații critice*, în „Noul Cod civil. Comentarii”, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 356.

⁵ Avram M., Nicolescu C., *Regimuri matrimoniale*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 81.

efectele acesteia se produc numai după momentul încheierii căsătoriei. Într-o opinie recent exprimată în doctrină s-a afirmat că vârsta matrimonială reprezintă o condiție expresă și dirimantă a convenției matrimoniale⁶. Altfel spus, minorul mai mic de 16 ani nu poate în niciun caz, să încheie o convenție matrimonială aplicabilă căsătoriei sale viitoare, vârsta matrimonială constituind așadar, elementul esențial în funcție de care se stabilește existența sau nu a capacității la momentul încheierii convenției⁷.

Situația este diferită, însă principiul mai sus enunțat rămâne pe deplin aplicabil, în cazul în care încheie sau modifică o convenție matrimonială, anterior încheierii căsătoriei, un minor care a mai fost căsătorit și care a păstrat capacitatea deplină de exercițiu dobândită prin efectul primei căsătorii, în condițiile art. 39 alin. (1) și (2) C. civ. sau un minor care a dobândit capacitate de exercițiu anticipată, în condițiile art. 40 C. civ.

Într-o astfel de situație, viitorul soț este un minor cu capacitate deplină de exercițiu, care poate încheia valabil convenția matrimonială, fără a fi necesară încuviințarea ocrotitorului său legal, chiar dacă art. 337 alin. (1) C. civ. aparent nu distinge între cele două ipoteze. O interpretare contrară a textului legal ar semnifica instituirea în sarcina persoanei cu capacitate de exercițiu deplină a obligației de accepta validarea manifestării sale de voință de către fostul său ocrotitor legal. Nu poate fi acceptată o astfel de interpretare, întrucât odată dobândită capacitatea deplină de exercițiu, ocrotirea minorului și reprezentarea legală a acestuia încetează.

În același sens, au fost exprimate în doctrină opinii potrivit cărora minorul care a dobândit capacitate de exercițiu anticipată, fiind asimilat persoanei majore având deplină capacitate de a contracta, poate încheia singur convenția matrimonială⁸. Dacă încuviințarea și autorizarea ar fi impuse și în cazul minorului care a mai fost căsătorit, s-ar aduce atingere capacității sale depline de exercițiu dobândită urmare anterioarei căsătorii⁹.

Există și interpretarea potrivit căreia, un minor poate încheia sau modifica o convenție matrimonială numai ulterior încheierii căsătoriei, forma actuală a textului legal fiind apreciată drept o știrbire a capacității depline de exercițiu dobândită de minor prin căsătorie¹⁰.

În ceea ce privește însă condiția existenței autorizării instanței de tutelă, s-a apreciat că aceasta se menține și în situația viitorului soț minor cu capacitate de exercițiu anticipată, întrucât *ubi lex non distinguit nec nos distinguere*, adică acolo unde legiuitorul nu distinge nu este permis interpretului să o facă; în cazul de față, legiuitorul a impus autorizarea instanței de tutelă pentru toate situațiile în care un minor în vârstă de 16 ani urmează a se căsători, fără a deosebi și a exclude minorii cu capacitate anticipată. (rațiunea fiind probabil aceea că dobândirea capacității anticipate în condițiile art. 40 C. civ. nu este grefată pe analizarea motivelor temeinice pentru încuviințarea căsătoriei anterior împlinirii vârstei de 18 ani, ci pe alte considerente). Neexistând o astfel de

⁶ Aniței N.C., *Convenția matrimonială potrivit noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 38.

⁷ Lupășcu D., Crăciunescu C. M., *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 141.

⁸ *Ibidem*, p. 140.

⁹ Bodoașcă T., Drăghici A., Puie I., Maftei I., *Dreptul familiei*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București 2013, p. 129.

¹⁰ Bacaci Al., Dumitrache V.C., Hageanu C.C., *Dreptul familiei*, ed. a VII-a, Ed. C.H. Beck, București 2012, p. 80.

excepție¹¹, implicit convenția matrimonială poate fi încheiată ori modificată de un minor în vârstă de 16 ani cu capacitate anticipată, fără încuviințarea ocrotitorului legal, dar cu autorizarea instanței de tutelă.

În ambele situații, vârsta matrimonială, încuviințarea ocrotitorului legal și autorizarea instanței de tutelă reprezintă condiții exprese, nominalizate de legiuitor, în completarea cărora trebuie reținute condițiile negative, implicite, deduse din impedimentele legale la căsătorie, echivalente acestora.

Astfel, anterior încheierii căsătoriei, minorul va putea încheia o convenție matrimonială sau o va putea modifica, valid, numai dacă nu este alienat sau debil mintal și numai cu o persoană de sex opus, cu care nu este rudă în linie dreaptă sau colaterală până la gradul al patrulea inclusiv, căci este capabil a încheia convenția matrimonială numai cel care este capabil să se căsătorească. Desigur, prin excepție, convenția matrimonială va fi validă, dacă va fi încheiată cu o rudă colaterală de gradul al patrulea, pentru care există încuviințarea prealabilă a instanței de tutelă.

Capacitatea specială de a contracta matrimonial, nu exclude minorului posibilitatea de a insera în convenția matrimonială o clauză potrivit căreia, viitorul soț minor are calitate de donator în favoarea unui terț.

Urmând principiul potrivit căruia nulitatea lovește clauza care contravine regulii juridice, iar nu actul juridic în ansamblul său, se observă că, deși viitorul soț minor în vârstă de cel puțin 16 ani, are capacitate deplină de a contracta matrimonial, potrivit art. 998 C. civ. persoana cu capacitate de exercițiu restrânsă nu poate dispune prin liberalități, așa încât clauza va fi nulă absolut pentru lipsa capacității de a face liberalități, care nu se confundă cu capacitatea de a contracta matrimonial și nici nu poate fi suplinită de aceasta din urmă.

S-a apreciat că este „divizibilă” capacitatea minorului de a dona prin contract matrimonial, în sensul că prin convenție matrimonială minorul ar putea dona valid numai în favoarea viitorului soț, întrucât în această situația donația ar putea fi considerată ca făcând parte din regimul matrimonial, pentru alegerea căruia minorul deține capacitatea specială de a contracta.

Concluzionând, se recunoaște minorului posibilitatea de a alege regimul matrimonial anterior încheierii căsătoriei, precum și facultatea de a modifica convenția matrimonială ori regimului matrimonial pe parcursul căsătoriei, în anumite limite și cu respectarea condițiilor circumscrise noțiunii de capacitate specială de a contracta matrimonial.

¹¹ Motica R.I., Motica A.R., *Dreptul familiei aplicat. Cereri și acțiuni cu caracter nepatrimonial*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 31.

INSTITUȚII DE DREPT PRIVAT ÎNTRE TEXTUL BIBLIEI ȘI CODUL CIVIL. CĂSĂTORIA

*Liviu-Bogdan CIUCĂ**

„Ceea ce a mai fost, aceea va mai fi, și ceea ce s-a întâmplat se va mai petrece, căci
nu este nimic nou sub soare.”

„Dacă este vreun lucru despre care să se spună:
«Iată ceva nou!» aceasta a fost în vremurile străvechi, de dinaintea noastră.”
Eclesiastul, Capitolul 1, vers 8-9

Abstract:

An incursion between the rules of private law and a research of historical and conceptual evolution of it, could not ignore the history of the Jewish people and the best known and widespread book in the world: The Bible. Without trying to justify the obvious, the issues which we take into consideration to achieve this research, were naturally imposed.

The history of Jewish people covers “more than three quarters in the history of civilized humanity”¹, and the Bible, widely regarded as the most sold and read book in history, gathering a circulation of more than 3.9 billion copies, it is necessary in our study because of the territorial and social impact, but mostly because of cultural and spiritual influences considered in the development of society through individual.

In the following we present the basic elements for the two reference points: the history of the Jewish people and the Bible and we will focus our research on the institution of marriage, an institution of private law, from that period of history, that we find in the Old and New Testament. The last part of the article will be devoted to identifying similarities between the existing rules of private law in organizing the Jewish people and those imposed today by the Civil Code, noting where appropriate their durability.

Keywords: *Civil Code, the Bible, private law institution, marriage, evolution*

Despre Biblie

Scrisă în mai multe limbi precum ebraică, greacă și aramaică, Biblia este practic o antologie de texte iudaice organizate în două mari părți denumite: Vechiul Testament și Noul Testament. „În tradiția iudaică, aceste scrieri canonice sunt organizate în trei unități care constau din cărți sau suluri separate numite Tanah, Tora, Neviim și Ketuvim”². În traducere, Tora înseamnă Lege, Neviim înseamnă Profeții și Ketuvim înseamnă Scrierile. Biblia conține în total 66 de cărți din care 39 formează Vechiul Testament și 27 compun

* Prof. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Universitatea „Dunărea de Jos”, Galați, e-mail: eurom2000@yahoo.com

¹ Johnson P., *A History of the Jewish People*, Humanitas, Bucharest, 1987, p. 13.

² Hoffmeier, J.K., *Arheologia biblică*, Ed. Casa Cărții, Oradea, 2009, p. 22.

Noul Testament. A fost scrisă de 44 de oameni și se estimează că a durat 1600 de ani scrierea ei. Conform statisticilor oficiale, Noul Testament a fost tradus în peste 1000 de limbi și dialecte. „Din 5445 limbi cunoscute a fi practicate, Biblia a fost tradusă total sau parțial în aproximativ 1745 limbi, după cum urmează: în limbi europene sau din Estul Mijlociu 46 de limbi, în zona Asia – Pacific 285 de limbi, în Africa 249 de limbi, în America și Caraibe 6 limbi, deci un total de 586. De asemenea, sunt în desfășurare traduceri în încă 1159 limbi”³. Vechiul Testament conține 929 de capitole și 23.145 de versete iar Noul Testament cuprinde 260 de capitole și 7958 de versete. În total Biblia Creștină conține 1189 de capitole și 31103 versete.

Cea mai veche Biblie completă (cunoscută până în prezent) a fost descoperită în anul 1844 în biblioteca celebrei mănăstiri situată în muntele Sinai, Sfânta Ecaterina și poartă denumirea de CODEX SINAITICUS. Descoperirea a fost făcută de Constantine Tischendorf, pasionat cercetător al manuscriselor vechi. O mare parte din acest Codex Sinaiticus (347 de pagini) se află expus în prezent la Biblioteca Britanică din Londra. De altfel, Mănăstirea Sfânta Ecaterina din Sinai este cunoscută pentru multe alte descoperiri printre care aproximativ 4000 de manuscrise dintre care unele biblice.

Decalogul sau Legea Mozaică

De cele mai multe ori, se constată o confuzie a multor autori între Decalog și Legea lui Moise (Legea mozaică). Confuzia este identificată în cazul în care discuțiile privind Legea mozaică se cantonează la Cele Zece Porunci. Este adevărat că Decalogul reprezintă o chintesență a regulilor de conviețuire socială, a relației orizontale dintre om și ceilalți membri ai societății și a relației verticale dintre Dumnezeu și om. Din perspectiva analizei noastre comparative, vom aborda cu preponderență Legea Mozaică, care din perspectiva noastră reprezintă un veritabil cod de legi prin care se stabilesc interdicții sau obligații active. Tora (Legea mozaică) conține 613 de astfel de reguli. De altfel, în traducere, termenul Tora înseamnă *învățătură*, dar și *lege* ca directivă. Trebuie să precizăm în acest context că termenul de Tora este folosit și cu referire la întregul Vechi Testament nu numai cu privire la cele cinci Cărți ale lui Moise incluse de acesta. De ce am simțit nevoia să facem această precizare? De-a lungul timpului literatura abundă de comentarii, explicații, critici sau susțineri privind textul Biblic. Nu întotdeauna acestea au fost formulate de teologi, arheologi sau istorici. Din acest motiv s-au creat șabloane terminologice confuze sau care creează confuzii. O astfel de confuzie există între Decalog și Legea lui Moise.

Depășind aspectul definitoriu privind originea celor două, una fiind divină în mod direct și nemijlocit (în cazul Decalogului legile au fost date direct de Dumnezeu și scrise pe tablele de piatră cu degetul lui Dumnezeu) și alta fiind scrisă de un om inspirat de Dumnezeu și căruia Dumnezeu i-a dăruit o înțelepciune și capacități organizatorice administrative remarcabile (Legea lui Moise), cercetarea noastră se va rezuma (neavând cunoștințele necesare unei abordări teologice) la analiza textelor ce impuneau reguli civile și ceremoniale. Tora, în sensul celor cinci Cărți ale lui Moise, poate fi împărțită în trei mari categorii. Prima categorie conținând Decalogul sau Cele Zece Porunci, stabilind principii generale și profunde aplicabile relației om-Dumnezeu și om-om (Exod 20:1-17.). A doua categorie conține Cartea Legământului, carte ce conține reguli civile ca

³ www.cercetatiscripturile.intercer.net Lucian Mihai, Biblia: istorie, traduceri, societăți biblice.

o aplicare în concret și detaliu în viața de zi cu zi a Decalogului. A treia categorie compusă din Legile Ceremoniale stabilește regulile sau procedura ceremoniilor religioase din Templu (sau Cortul slujirii în varianta inițială). Conform site-ului www.resursecrestine.ro, „În iudaismul ortodox celor 613 porunci ale legii mozaice li se adaugă culegerea de legi a Talmudului. Acesta este o lucrare legiuitoare și religioasă transmisă pe cale orală, care a fost apoi scrisă în perioada cuprinsă între secolele III și VI d.Cr. Tora și Talmudul alcătuiesc totalul legilor”. Putem spune cumva că Cele Zece Porunci reprezintă legea fundamentală iar celelalte reguli civile sau ceremoniale pe care le regăsim în Tora și Talmud reprezintă un fel de norme metodologice de aplicare în viața diurnă (civilă și ceremonială) a principiilor de bază consacrate de Decalog. Se remarcă faptul că pe lângă reguli generale, principii și proceduri existau și autorități (persoane sau grupuri de persoane) care judecau conform gradului de jurisdicție problemele ridicate.

Astfel, chiar dacă în perioada dominației romane, evreii erau supuși Imperiului și răspundeau în fața reprezentanților acestuia, se permitea ca în probleme legate de aplicarea legii iudaice să răspundă Sinedriul (Soborul sau Sanhedrinul). Acesta era un organ colectiv, compus din șaptezeci și unu de preoți, rabini și bătrâni ai comunității, condus de un preot (Marele preot) și aveau competențe în domeniul respectării tradiției și legii iudaice⁴. „Noul Testament ne oferă câteva exemple de aplicare sau referire la Legea lui Moise: bărbaților evrei încă li se cerea să achite taxa de o jumătate de siclu pentru templu (Matei 17:24-27; Exodul 30:13); pentru divorț, se respecta procedura prevăzută în Legea lui Moise (Matei 19:7; Deuteronomul 24:1-4); oamenii respectau încă prevederea leviratului – o femeie văduvă trebuia să fie luată în căsătorie de fratele soțului decedat (Matei 22:24; Deuteronomul 25:5); băieții nou-născuți erau încă circumciși în a opta zi (Ioan 7:23; Leviticul 12:3); cei care se făceau vinovați de adulter erau pedepsiți prin omorârea cu pietre (Ioan 8:5; Deuteronomul 22:23, 24)”⁵. De altfel, aceeași sursă citată ne precizează câteva elemente interesante privind legea rabinică și despre fariseii educați care au scris această lege. „În afară de legile mozaice, evreii din vremea Domnului Isus aveau și legile rabinilor. Rabinii constituiau ramura educată a fariseilor și ținta lor era să se asigure că legea mozaică își păstra importanța pentru popor. Ei au găsit în cele cinci cărți ale lui Moise 613 legi (dintre care 39 se refereau la Sabat) și, pe baza lor, au creat un cod. La acest cod scris, au adăugat și legea orală, care consta din interpretările date de rabinii de seamă. Această lege orală este cunoscută sub numele de halaka, un cuvânt care înseamnă „a umbla”. Rabinii considerau că, dacă ar fi aderat la aceasta, poporul ar fi reușit să respecte cele 613 legi importante găsite de ei. În cele din urmă, legile orale au fost adunate și scrise. Unele dintre interpretările care circulau în timpul Domnului Isus apar astăzi în comentariile care poartă titlul Midraș, iar altele au fost strânse într-o colecție de legi cu titlul Mișna. Mulți evrei religioși din toate secolele și chiar din vremea noastră respectă cu strictețe aceste legi.”

De altfel, conform opiniei reputatului prof. dr. Traian Aldea, cel mai important punct al lui Moise este stabilirea codului mozaic. „Sumerienii, al căror cod de legi scrise datează din anul 2500 î.Hr., au fost, probabil, primul popor care a avut un cod scris, dar acestuia îi lipsea pasiunea pentru dreptate.... Cinci sute de ani mai târziu, codul sumerian

⁴ Ioan 11:47; 18:15.

⁵ <http://www.7adventist.com/studiu/legile-existente-in-vremea-lui-hristos/>

a fost augmentat și încorporat de către babilonieni în Codul lui Hammurabi, dar, iarăși, niciun sistem de legi nu avea spiritul democratic al Torei”⁶.

Căsătoria

Depășind aprecierile privind natura divină a instituției căsătoriei, care conform teologilor o regăsim în Cartea Geneza⁷, în cele ce urmează, analiza noastră se va concentra pe aspectele generate de reguli civile în materia căsătoriei. „Multe dintre epistolele apostolului Pavel tratează aspectele care prezintă principiile biblice cu privire la căsătorie și despre cum credincioșii născuți din nou sunt chemați să se comporte în căsnicie. Un astfel de pasaj este 1 Corinteni, capitolul 7 și altul în Efeseni 5:22-33. Studiarea acestor două pasaje biblice împreună oferă credinciosului principiile biblice de bază care trebuie utilizate ca un cadru general pentru a face relația de căsătorie să fie plăcută înaintea lui Dumnezeu”⁸.

Poligamia vs. Monogamia

În capitolul 17 al Cărții Deuteronom, sub titlul „Principii după care să se călăuzească împărații, un număr mare de neveste, ca să nu i se abată inima”, Biblia ne oferă multe exemple ale unor personalități religioase care aveau mai multe soții. Amintim în acest context că Solomon a avut aproximativ 1000 de neveste, în dreptul lui David sunt amintite 18 iar Iacov și Abraham au avut câte două. De ce îndepărtându-se de principiul inițial societatea iudaică a acceptat poligamia, este o întrebare la care vor putea să răspundă teologii, istoricii și sociologii.

În prezentul articol, ne vom rezuma așa cum am mai precizat la aspectele generate de norma civilă în materie, făcând doar unele precizări generale menite să contureze un context și un parcurs istoric al acesteia (normei).

Demn de menționat, credem că este faptul că Tora nu interzice poligamia (nici nu o încurajează), dar menționează că o femeie nu poate avea mai mulți soți. În secolul al IV-lea, perioada de început a decăderii poligamiei, liderii babilonieni precum Rabba decretau că „un bărbat poate să aibă mai multe soții doar dacă poate demonstra că le poate întreține”⁹. Precizăm că în dreptul iudeilor poligamia era întâlnită în zonele musulmane spre deosebire de cei care trăiau în țări creștine care promovau monogamia. În Biblie întâlnim mai multe texte care susțin ferm monogamia. În acest sens, amintim epistola scrisă de Pavel către Tit, epistola scrisă spre finalul vieții în timpul călătoriei spre Roma. Se presupune că a fost scrisă în Creta, cu toate (sau mai ales pentru faptul) că Pavel avea o părere proastă despre cretani¹⁰. În această epistolă Pavel dă mai multe mesaje către administratorii bisericii (prezbiteri, episcopi) printre care și învățăminte de natură comportamentală, civilă și educațională.

În concret, în capitolul I, la versetul 6 se transmite creștinilor că „dacă este ceva fără prihană, bărbat al unei singure neveste, având copii credincioși, care să nu fie

⁶ Aldea T., *Lumina Torei*, Ed. EVS, 2016, p. 90.

⁷ „Și omul a zis: «Iată în sfârșit aceea care este os din oasele mele și carne din carnea mea! Ea se va numi femeie, pentru că a fost luată din om»; De aceea va lăsa omul pe tatăl său și pe mama sa, și se va lipi de nevasta sa, și se vor face un singur trup”; Geneza 2: 21-24.

⁸ <https://www.gotquestions.org/Romana/căsătorie-Biblia.html>

⁹ Rabba din Babilonia Yevoamont 65a, Ketubot 62b.

¹⁰ Tit 1: 1-12.

învinuiți de destrăbălare sau neascultare...”. În continuarea aceleiași teorii (a susținerii monogamiei de către biserică) precizăm că Pavel este consecvent opiniei sale și în Epistola lui către Timotei (Timotei I 3:2, 12), epistolă care conține sfaturi privind organizarea bisericilor din Efes¹¹, Pavel transmite „dar trebuie ca episcopul să fie fără prihană, bărbatul unei singure femei, cumpătat, înțelept, vrednic de cinste, primitor de oaspeți, în stare să-i învețe și pe alții...” și „diaconii să fie bărbații unei singure neveste și să știe să-și cârmuiască bine copiii și casele lor...”. De altfel, putem intui lumina negativă în care era privită poligamia din perspectiva creștină, constatând că sfaturile date către liderii bisericii erau fără nicio îndoială ca aceștia să fie monogami.

Ulterior acestei perioade istorice, constatăm o întărire a monogamiei, perioada contemporană relevând o cvasiunanimitate a statelor ce nu acceptă poligamia.

De remarcat este momentul Gershom în care „Rabinul Gershom ben Yehuda (Germania, 960-1028) a dorit să legifereze monogamia ca regulă a legii iudaice. Scopul său era să se evite conflictele cu biserica, precum și să rezolve problemele familiale pe care le provocau căsătoriile poligame. Rabinul Gershom a convocat o adunare rabinică din diferite țări europene, care a decretat că poligamia este interzisă din acel moment. Oricine încălca legea urma să fie pus sub herem (excomunicat) și astfel oricărui evreu îi era interzis să mai aibă vreo legătură cu el.

În timp, decretul emis de adunarea convocată de rabinul Gershom a devenit general acceptat în toate comunitățile așkenaze. Sefarzii, care trăiau în țări musulmane, au respins această regulă. Este interesant de menționat că Maimonide, care era sefard, în codul său de legislație iudaică face doar aluzie la această interdicție a poligamiei”¹².

Având în vedere că discuțiile privind tema poligamiei au continuat, conform sursei citate mai sus, în anul 1950 la o conferință rabinică, atât rabinul askenaz, cât și cel sefard au reînnoit interdicția cu privire la poligamie. De menționat că de la această interdicție erau la data aceea recunoscute unele excepții care vizau căsătoriile încheiate înainte de această decizie, cât și situația imigranților sosiți din țările musulmane. Din perspectiva susținerii căsătoriei monogame, chiar dacă în vremea lui Moise, poligamia era forma cea mai înrădăcinată, Legea divină se opunea prin regulile impuse conform Levetic 18.18; Deuteronom 17.17; Levetic 18.6-17; Exodul 21.9; Matei 19.3; Ioan 21-10.

În prezent, Codul civil în vigoare, în art. 259, precizează la alin. (1) că „căsătoria este uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie, încheiată în condițiile legii.” Astfel, constatăm o primă legătură ce străbate istoria instituției căsătoriei, legătură ce consacră o valoare comună: monogamia.

Logodna și Căsătoria

Din perspectiva concretă a procedurii de înfăptuire a căsătoriei, întâlnim la poporul evreu cele două momente existente și astăzi. Logodna și apoi căsătoria efectivă. Având un caracter profund religios-civil cele două momente, *eres* (logodna) și *chatuna* (căsătoria) se aseamănă cu instituțiile prevăzute de Codul civil actual așa cum sunt ele

¹¹ Epistola lui Pavel către Timotei face parte din ciclul de 13 epistole pe care le regăsim în Noul Testament.

¹² <http://www.crestinortodox.ro/religiile-lumii/iudaism/căsătoria-căsătoriile-mixte-convertirile-153708.html>

consacrate în art. 266 C. civ.¹³ și respectiv în art. 259 alin. (1) C. civ., căsătoria este uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie, încheiată în condițiile legii.

Din perspectiva vârstei legale pentru căsătorie, învățătorii iudei recomandau căsătoria din tinerețe, cu referire la o „căsătorie cuprinsă între vârsta de 12 și 20 de ani, acesta fiind intervalul de timp în care majoritatea tinerilor se căsătoreau, 75% dintre fete căsătorindu-se până la vârsta de 19 ani. În genere, fetele erau cele care se căsătoreau la o vârstă mai fragedă decât băieții, iar căsătoriile erau aranjate de către părinți. Deoarece Tora nu specifică o limită de vârstă, exemplele de căsătorie din cartea Genezei fiind foarte variate în privința aceasta, nu se poate cunoaște standardul perioadei mai timpurii din Vechiul Testament, dar tradiția iudaică din secolul al II-lea î.Hr. stipulează că atât băieții, cât și fetele trebuiau să se căsătorească în perioada pubertății. Pentru fete aceasta însemna vârsta de 13 ani, iar pentru băieți 14”¹⁴. În Biblie, se amintește des că o vârstă maritală este vârsta de 20 ani. Ulterior, condiția vârstei pentru căsătorie era împlinirea majoratului care la băieți era la vârsta de 13 ani. După această vârstă băieții se puteau căsătorii. Fetele se măritau sau se logodeau după împlinirea vârstei de 12 ani.

Chiar dacă vârsta diferă, căsătoria în prezent ca și în trecut, este determinată de îndeplinirea condiției privind vârsta maritală respectiv împlinirea majoratului.

Astfel, Codul civil, sub titlul „Vârsta matrimonială”, la art. 272 stabilește că „(1) Căsătoria se poate încheia dacă viitorii soți au împlinit vârsta de 18 ani. (2) Pentru motive temeinice, minorul care a împlinit vârsta de 16 ani se poate căsători în temeiul unui aviz medical, cu încuviințarea părinților săi sau, după caz, a tutorelui și cu autorizarea instanței de tutelă în a cărei circumscripție minorul își are domiciliul. În cazul în care unul dintre părinți refuză să încuviințeze căsătoria, instanța de tutelă hotărăște și asupra acestei divergențe, având în vedere interesul superior al copilului”¹⁵.

Divorțul

Divorțul, atât în legea mozaică, cât și în legea civilă actuală (Codul civil) este abordat ca o „soluție extremă”. Din această perspectivă procedura este una care dă timp celor doi soți să analizeze serios această opțiune.

„O căsnicie evreiască este sfântă „potrivit Legii lui Moise și a lui Israel”, deci, pentru a se încheia o căsnicie trebuie să se facă recurs la aceeași Lege. Divorțurile civile halachice nu au valabilitate pentru a termina o căsnicie evreiască.

Procedura de divorț evreiască (Ghet) trebuie să fie realizată de o Bet Din, o curte rabinică (formată din 3 rabini), un scrib (Sofer Stam), și doi martori (bărbați, mai mari de 13 ani).

Potrivit Legii evreiești, Bet Din, înainte de a autoriza un divorț, trebuie să încerce prin orice mijloace să facă Pace (Sholem Bais/t), și doar când acest lucru se dovedește ca fiind imposibil se încearcă stabilirea unei înțelegeri reciproc avantajoase. După ce s-a ajuns la o înțelegere, întregul ritual de divorț mai durează aproximativ 2 ore pentru că

¹³ Art. 266 alin. (1) C. civ.: „Logodna este promisiunea reciprocă de a încheia căsătoria”.

¹⁴ <https://beniamincruceru.wordpress.com/2010/09/27/obiceiuri-de-nunta-la-evrei-2/>

¹⁵

este necesar ca un document (Ghet-ul propriu-zis) să fie scris de către scrib într-o manieră specifică, special pentru acel cuplu”¹⁶.

Noul Cod civil, în materia divorțului stabilește în competențele notarului public și ofițerului stării civile (divorțul de comun acord) și instanței de judecată (în situația lipsei consensului) conform art. 376 C. civ.

„(1) Cererea de divorț se depune de soți împreună. Ofițerul de stare civilă sau notarul public înregistrează cererea și le acordă un termen de reflecție de 30 de zile.

(2) Prin excepție de la prevederile alin. (1), cererea de divorț se poate depune la notarul public și prin mandatar cu procură autentică.

(3) La expirarea acestui termen, soții se prezintă personal, iar ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public verifică dacă soții stăruie să divorțeze și dacă, în acest sens, consimțământul lor este liber și neviciat.

(4) Dacă soții stăruie în divorț, ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public eliberează certificatul de divorț fără să facă vreo mențiune cu privire la culpa soților.

(5) Dispozițiile art. 383 alin. (1) și (3) se aplică în mod corespunzător. Dacă soții nu se înțeleg asupra numelui de familie pe care să îl poarte după divorț ori, în cazul prevăzut la art. 375 alin. (2), asupra exercitării în comun a drepturilor părintești, ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public emite o dispoziție de respingere a cererii de divorț și îndrumă soții să se adreseze instanței de judecată, potrivit prevederilor art. 374.

(6) Soluționarea cererilor privind alte efecte ale divorțului asupra cărora soții nu se înțeleg este de competența instanței judecătorești”¹⁷.

Concluzii

Căutând să ne încadrăm în condițiile impuse de organizator, prezentul articol dorește doar să atragă pe scurt, atenția asupra unei linii continue ce leagă instituțiile de drept privat pe care le regăsim în paginile Bibliei și aceleași instituții așa cum sunt ele consacrate de legislația actuală. Inspirația divină, eficacitatea demonstrată de aplicare, răspunsul efectiv dat unor probleme de viață, toate acestea pot fi o justificare a perenității lor. Căsătoria, contractele și moștenirea sunt poate cele mai cunoscute instituții de drept civil ce au guvernat viața de zi cu zi a poporului lui Moise și reglementează și în prezent aspecte ce țin de familie, patrimoniu, transfer de proprietate *de mortis causa* sau *inter vivos*.

¹⁶ <https://edikup.wordpress.com/iudaism-101/sarbatori-tradiții-si-obiceiuri/ciclul-vietii-evreiesti>

¹⁷ <http://legeaz.net/noul-cod-civil/art-376-procedura-cazurile-de-divorț-desfacerea-căsătoriei>

UNELE CONSIDERAȚII ASUPRA EVOLUȚIEI DREPTULUI DE A-ȚI DETERMINA FELUL PROPRILIOR FUNERALII ÎN ROMÂNIA

*Silviu-Dorin ȘCHIOPU**

Abstract:

The 2009 Civil Code specifically regulated the right to determine the type of one's own funeral, and the Law no. 102 from July 8th 2014 regarding the cemeteries, the human crematoria and the funeral services established a general framework to develop the funeral activities, each cemetery owner being forced to develop his own regulation for the cemetery's organizing and functioning. Apart from this secular law there are canon law regulations which govern some aspects related to the funeral, and the religious cults may own, administrate or hold in maintenance cemeteries.

The upgrading of the legislation began with Law no. 102 from July 8th 2014, normative act that, in agreement with the European Union Member States' practice, established those rules that ensure a decent character to the funeral and civilized conditions for paying the last tribute at the deceased's burial site, and should be continued with the elaboration of the cemeteries' regulation framework that would leave room for both the rite specific to each cult, and the traditions specific to the concerned geographical area.

To highlight its necessity, this study aims to emphasize some differences of the legal regime of the tombs situated in different cemeteries, idea not without impact both on the right to determine the type of one's own funeral, and, especially, on the right of the last tribute at the deceased's burial site.

Keywords: *right to determine the type of one's own funeral, burial, cremation, cemetery rules and regulations, secular law, canon law*

1. Reglementarea dreptului de a-ți determina felul propriilor funeralii

Dreptul de a determina felul propriilor funeralii este prevăzut de art. 80 alin. (1) teza I C. civ.¹ în cadrul articolului având denumirea marginală: *respectarea voinței persoanei decedate*, inclus în secțiunea a 4-a: „Respectul datorat persoanei și după decesul său” din capitolul II: „Respectul datorat ființei umane și drepturilor ei inerente” al Cărții I: „Despre persoane”. O dispoziție similară regăsim în Codul civil al provinciei Quebec care în art. 42 privind *respectul datorat corpului după deces*, menționează posibilitatea de a-ți determina organizarea funeraliilor².

În același sens, potrivit art. 2 alin. (2) al Legii nr. 102/2014, la stabilirea locului de veci și organizarea serviciilor funerare se ține cont de voința exprimată pe timpul vieții

* Drd., Asist. univ., Facultatea de Drept, Universitatea „Transilvania” din Brașov; e-mail: dorinxschiopu@gmail.com.

¹ *Legea nr. 287 din 17 iulie 2009 privind Codul civil*, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.

² Art. 42 C. civ. Quebec: „Le majeur peut régler ses funérailles [...]; le mineur le peut également avec le consentement écrit du titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur [...]”, disponibil pe <http://www.canlii.org/>

de către defunct iar, în lipsa acesteia, se va ține seama de apartenența religioasă a defunctului. Deși Codul civil a consacrată în mod expres³ libertatea de a-ți determina felul propriilor funeralii⁴, totuși, acest drept *nu este unul absolut*, ci trebuie corelat cu *normele prevăzute de regulamentul cimitirului* în care defunctul alege să-și doarmă somnul de veci, precum și cu *normele de drept canonic* incidente în materie.

În continuare, vom evidenția unele diferențe de regim juridic al mormintelor situate în cimitire diferite tocmai pentru a sublinia necesitatea unei reglementări unitare a locurilor de înhumare⁵, nu fără a ilustra pe scurt cum s-a ajuns la prezenta reglementare.

2. Scurtă privire cronologică asupra evoluției reglementării cimitirelor și a serviciilor funerare

Primul act normativ modern privind cimitirele a intervenit în timpul principelui Alexandru Ioan Cuza când a fost elaborat un *Regulament pentru înmormântări*⁶ ce avea vocația de a se aplica inclusiv cimitirelor mănăstirești, astfel că prin acesta s-a asigurat un regim juridic unitar al funcționării și organizării tuturor cimitirelor. Ulterior, prin art. (1) al *Legii pentru înmormântări din 1864*⁷ s-a prevăzut că toate cultele sunt datoare a înființa cimitire iar în orice cimitir creștin se vor putea înmormânta inclusiv cei de alt rit, decedații de altă religie care nu aveau un cimitir propriu urmând a fi îngropați, potrivit art. (3) teza a II-a, și în cimitirele ortodoxe. În această perioadă apar și primele cimitire municipale precum Cimitirul Șerban-Vodă (Bellu) din București.

Un alt moment cheie este reprezentat de *Regulamentul tip privind administrarea cimitirelor și crematoriilor localităților din 25 iunie 1982*⁸, care excludea de la domeniul său de aplicare cimitirele confesionale. Regulamentul tip admitea însă și existența cimitirelor aflate în proprietatea organizațiilor de cult, acestea din urmă stabilindu-și regulamente proprii de organizare și funcționare, un exemplu în acest sens fiind *Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor parohiale și mănăstirești din cuprinsul eparhiilor Bisericii ortodoxe române*⁹. Potrivit art. 4 din Regulamentul tip,

³ Și anterior organizarea funeraliilor prin acte juridice *mortis causa* sau *inter vivos* era admisă, chiar în absența unei reglementări exprese în acest sens, se vedea Deak, F., *Tratat de drept succesoral*, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 7 și Deak, F., *Tratat de drept civil: contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 533.

⁴ Potrivit art. 16 alin. (2) din Legea nr. 102/2014, „*locul și modalitatea înmormântării vor fi conforme voinței exprimate în timpul vieții de persoana decedată, fără nicio modificare a ultimei voințe a acesteia*”.

⁵ Vom avea în vedere regulamentele aplicate în cimitirele municipale din București, Brașov și Sibiu, precum și cele aplicabile cimitirelor confesionale ortodoxe și romano-catolice. Cum cimitirele confesionale roman-catolice nu beneficiază de regulament unic, pentru a ilustra regimul juridic al locurilor de înhumare am ales *Statutul de administrare a cimitirelor Parohiei Romano-catolice Sfântul Mihai din Săcele-Turcheș*, aprobat de Arhiepiscopia Romano-Catolică de Alba-Iulia cu numărul 667-2013, la data de 22 aprilie 2013.

⁶ Sancționat prin Decretul nr. 918/1860, reprodus în Brezoianu I., *Reforme românilor seu colecțiune de toate legile și regulamentele intruduse în administrațiunea României dela 1859 ianuaru, până la 1864 octomvriu*, Tipografia Ștefan Radisescu, București, 1864, p. 158-171.

⁷ Decretată la 18 martie și promulgată la 27 martie 1864, publicată în M. Of. nr. 71 din 27 martie/8 aprilie 1864.

⁸ Aprobat prin *Ordinul nr. 35 al Comitetului pentru problemele consiliilor populare și Ordinul nr. 261 al Ministerului sănătății*, publicat în B. Of. nr. 67 din 11 martie 1983.

⁹ Votat de către Sfântul Sinod la 23 decembrie 1977 și de către Adunarea Națională Bisericească la 11 decembrie 1977, publicat în Revista „Biserica Ortodoxă Română”, anul C (1982), nr. 1-2, în vigoare cu

înhumarea și reînhumarea nu se puteau realiza decât în cimitirele municipale, orășenești și comunale sau administrate de alte organe de stat, precum și în cimitirele aflate în proprietatea organizațiilor de cult recunoscute potrivit legii.

Legislația ulterioară a menținut această clasificare a cimitirelor, astfel că anexa *Legii nr. 213 din 17 noiembrie 1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia*¹⁰ menționează cimitirele orășenești și comunale ca parte a domeniului public local al comunelor, orașelor și municipiilor iar *Regulamentul-cadru din 15 iunie 2004 de organizare și funcționare a serviciilor publice de administrare a domeniului public și privat de interes local*¹¹ preciza relativ la organizarea și funcționarea cimitirelor că serviciile necesare colectivităților locale sunt asigurate în sistem privat de către unitățile parohiale, iar în sistem public prin cimitirele de stat/locale. De asemenea, *Legea nr. 489 din 28 decembrie 2006 privind libertatea religioasă și regimul general al cultelor*¹² prevede în art. 28 alin. (1) că parohiile pot avea și întreține, singure sau în asociere cu alte culte, cimitire confesionale pentru credincioșii lor, aceste cimitire administrându-se potrivit regulamentelor cultului deținător.

Din coroborarea dispozițiilor art. 4 din Ordinul nr. 261/1982 al Ministrului Sănătății și prevederile H.G. nr. 955/2004 s-a concluzionat că unitățile parohiale erau singurele care puteau asigura serviciile funerare necesare colectivităților locale în regim privat, motiv pentru care Sfântului Sinod al Bisericii Ortodoxe Române a impus centrelor eparhiale obligația de a emite „*adrese către autoritățile publice locale prin care să încunoștințeze că înființarea de cimitire private este ilegală*”¹³.

Lipsa unui cadru legal adecvat privind serviciile funerare desfășurate de operatorii economici a fost complinită prin *Legea nr. 102 din 8 iulie 2014 privind cimitirele, crematoriile umane și serviciile funerare*¹⁴, act normativ menit a reglementa în mod unitar drepturile și obligațiile în legătură cu cimitirele. În ceea ce privește domeniul de aplicare al Legii nr. 102/2014, prevederile acesteia de aplică tuturor persoanelor juridice care dețin în proprietate, în administrare sau în întreținere cimitire în funcțiune sau închise, opere comemorative¹⁵ sau crematorii umane, adică cultelor, bisericilor și comunităților religioase, autorităților administrației publice locale, operatorilor economici, fundațiilor și asociațiilor.

Cimitirele, potrivit art. 4 al Legii nr. 102/2014, sunt fie *confesionale* – aflate în proprietatea cultelor religioase legal recunoscute sau a unităților locale de cult/biserici,

amendamentul adus se Sfântul Sinod în ședința din 5 iunie 1987 și modificările aduse prin Hotărârea nr. 943 din 17 februarie 2012 Sfântului Sinod al Bisericii Ortodoxe Române, disponibilă pe <http://patriarhia.ro/>.

¹⁰ Publicată în M. Of. nr. 448 din data de 24 noiembrie 1998.

¹¹ Aprobate prin Hotărârea nr. 955 din 15 iunie 2004, publicată în M. Of. nr. 660 din 22 iulie 2004.

¹² Publicată în M. Of. nr. 11 din 8 ianuarie 2007.

¹³ A se vedea Hotărârea nr. 2794/2012 a Sfântului Sinod al Bisericii Ortodoxe Române, citată în Dec. nr. 262 din 1 martie 2016 a C. Ap. Iași, S. cont. adm. și fisc., disponibilă pe <http://idrept.ro/>, precum și Hotărârea nr. 943/2012 a Sfântului Sinod al Bisericii Ortodoxe Române, prin care centrele eparhiale erau obligate a continua demersurile la autoritățile locale în drept pentru anularea certificatelor de urbanism eliberate pentru amenajarea cimitirelor private, disponibilă pe <http://patriarhia.ro/>.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 520 din 11 iulie 2014.

¹⁵ Cu excepția mormintelor și operelor comemorative de război românești, precum și celor străine situate pe teritoriul României, care sunt supuse regimului juridic stabilit de *Legea nr. 379 din 30 septembrie 2003 privind regimul mormintelor și operelor comemorative de război*, publicată în M. Of. nr. 700 din 7 octombrie 2003.

fie *comunale/municipale* – proprietate publică a unităților administrativ-teritoriale), fie *private* – aflate în proprietatea operatorilor economici ori a asociațiilor/fundațiilor. De asemenea, există și cimitire *militare* – aflate în proprietatea publică a statului și administrate de Ministerului Apărării Naționale¹⁶.

Normele de aplicare¹⁷ ale acestei legi nu oferă însă o reglementare unitară a modului de organizare și funcționare a cimitirelor, precum se întâmpla sub imperiul Regulamentului pentru înmormântări din 1860, și nici măcar o reglementare unitară a administrării cimitirelor aflate în proprietatea publică a statului și a unităților administrativ-teritoriale, asemenea celei prevăzute prin Regulamentul tip din 1982, ci, potrivit art. 6 alin. (3), proprietarul cimitirului este obligat să elaboreze regulamentul de organizare și funcționare al cimitirului. Astfel, în prezent avem un mozaic de reglementări¹⁸ privind regimul juridic al mormintelor aflate în cimitire diferite, prin *mormânt* înțelegând atât locul de înhumare, cât și construcția funerară edificată pe acesta din urmă.

3. Impactul legislației canonice asupra regimului juridic aplicabil locurilor de înhumare

Cu titlu de principiu, art. 2 alin. (1) din Legea nr. 102/2014 stabilește că „oricine are dreptul la o înmormântare decentă și la aducerea ultimului omagiu la locul de veci” iar înmormântarea poate fi religioasă sau laică, precedată sau nu de incinerare. În cazul înmormântării laice, organizatorii stabilesc modul de desfășurare a procesiunii funebre, în timp ce înmormântarea religioasă are loc cu respectarea canoanelor, obiceiurilor locului, tradițiilor și regulamentelor cultului respectiv. De asemenea, noțiunea de înhumare privește nu numai sicriul ce conține corpul neînsuflit al defunctului, ci, potrivit art. 40 lit. b) din H.G. nr. 741/2016, și urnele cu cenușă pot fi înhumate în cimitir.

Depunerea urnelor funerare în cripte pare a fi admisă inclusiv în cazul locurilor de înhumare din cimitirele confesionale ortodoxe, întrucât normele de aplicare ale Legii nr. 102/2014 guvernează inclusiv cimitirele confesionale iar în cazul celor incinerati din proprie voință, sancțiunea edictată prin *Hotărârea Sfântului Sinod din 15 iunie 1928* și reconfirmată prin *Hotărârea Sfântului Sinod din 20 februarie 1933*¹⁹ nu privește decât lipsirea de orice asistență religioasă, fie la înmormântare, fie la pomenirea pentru morți după înmormântare, nu și interdicția înmormântării între decedații ortodocși care au ales calea tradiției bimilenare a înhumării neprecedate de incinerare.

¹⁶ A se vedea art. 1 alin. (2) din *Regulamentul privind organizarea și administrarea cimitirelor militare*, aprobat prin Ordinul nr. M.117 din 4 octombrie 2016, publicat în M. Of. nr. 854 din 27 octombrie 2016.

¹⁷ *Normelor tehnice și sanitare privind serviciile funerare, înhumarea, incinerarea, transportul, deshumarea și reînhumarea cadavrelor umane, cimitirele, crematoriile umane, precum și criteriile profesionale pe care trebuie să le îndeplinească prestatorii de servicii funerare și nivelul fondului de garantare*, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 741 din 12 octombrie 2016, publicată în M. Of. nr. 843 din 24 octombrie 2016.

¹⁸ A se vedea *Regulamentul privind administrarea cimitirelor de pe raza municipiului Brașov*, aprobat prin H.C.L. nr. 97/2002; *Regulamentul de organizare și funcționare a Cimitirelor Municipal Sibiu*, aprobat prin H.C.L. nr. 437/2005; *Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor și a crematoriilor umane aflate sub autoritatea Consiliului local al Municipiului București*, aprobat prin H.C.G.M.B. nr. 303 din 7 noiembrie 2003.

¹⁹ Confirmată recent prin *Hotărârea nr. 4529 din 5 iulie 2012 a Sfântului Sinod al Bisericii Ortodoxe Române în legătură cu practica necreștină a incinerării morților*, disponibilă pe <http://patriarhia.ro/>.

Spre deosebire de legislația canonică ortodoxă, dreptul canonic catolic²⁰ a adoptat o poziție mai nuanțată față de incinerare. Astfel, actualmente, deși se recomandă stăruitor a se păstra piosul obicei de a se înhuma trupurile celor morți, Codul de drept canonic romano-catolic permite incinerarea sub condiția de nu fi fost aleasă *din motive contrare credinței creștine (ob rationes fidei christianae adversas)*²¹ iar credincioșii decedați beneficiază de funeralii ecleziastice. În privința motivelor contrare credinței creștine, Catehismul Bisericii Catolice precizează că incinerarea este permisă, dacă această opțiune nu intenționează să pună sub semnul întrebării credința în învierea morților²². La fel, Codul Canoanelor Bisericilor Orientale aplicabil cimitirelor greco-catolice admite incinerarea iar credincioșii decedați beneficiază de funeralii ecleziastice, însă numai cu condiția ca celebrarea funeraliilor ecleziastice să nu umbrească preferința pentru înhumarea corpului iar scandalul să fie evitat (*ut non lateat Ecclesiam corporum sepulturam cremationi antepondere utque scandalum vitetur*)²³.

Prohibiția înmormântării între decedații ortodocși este prevăzută expres cu titlu de sancțiune în art. 40 din Regulamentul cimitirelor confesionale ortodoxe în ipoteza trecerii concesionarului de la cultul creștin ortodox la un alt cult, decedații neortodocși putând fi înmormântați numai în parcele separate, stabilite de Consiliul parohial. Astfel, în cazul căsătoriilor interconfesionale, se poate ajunge la situația nefirească în care soțul supraviețuitor, datorită lipsei comunității de credință între soți, nu va putea dobândi dreptul de concesiune asupra locului de înmormântare aflat într-un cimitir confesional ortodox și nici nu va putea fi înmormântat alături de soțul predecedat.

În privința cimitirelor confesionale romano-catolice, menționăm cu titlu de exemplu *Statutul de administrare a cimitirelor Parohiei Romano-catolice Sfântul Mihai din Săcele-Turcheș* care prevede la art. 4 alin. (3) că, în cazul unei căsătorii mixte, în mormântul familiei poate fi înhumat *inclusiv* membrul de familie decedat care a aparținut unei alte confesiuni, cât și fii și fiicele necăsătorite care au aparținut unor alte confesiuni.

De vreme ce, potrivit art. 8 alin. (1) din *Legea nr. 489 din 28 decembrie 2006*, cultele recunoscute se organizează și funcționează în mod autonom, potrivit propriilor statute sau coduri canonice²⁴, considerăm că nu s-ar putea impune printr-un regulament-cadru al cimitirelor aducerea la același numitor comun a practicilor privind asigurarea asistenței religioase la înmormântare în sensul acordării acesteia indiferent de opțiunea defunctului cu privire la organizarea propriilor funeralii.

Deși un viitor regulament-cadru al cimitirelor ar trebui să lase loc ritului propriu fiecărui cult, totuși *de lege ferenda* ar fi binevenită reglementarea expresă a dreptului

²⁰ H.G. nr. 1218 din 1 octombrie 2008 privind recunoașterea Codului de Drept Canonic al Bisericii Romano-Catolice și a Codului Canoanelor Bisericilor Orientale, publicată în M. Of. nr. 798 din data de 27 noiembrie 2008.

²¹ A se vedea Can. 1176 § 3 și 1184 § 1 din *Codex Iuris Canonici* (Codul de Drept Canonic al Bisericii Romano-Catolice), publicat în „Acta Apostolicae Sedis” vol. 75, partea a II-a, 1983.

²² *Catehismul Bisericii Catolice*, Ed. Arhiepiscopiei Romano-Catolice de București, București, 1993, par. 2301.

²³ A se vedea Can. 876 § 3 și 877 din *Codex canonum Ecclesiarum orientalium* (Codul Canoanelor Bisericilor Orientale), publicat în „Acta Apostolicae Sedis” vol. 82, nr. 11/1990, pp. 1045-1363.

²⁴ A se vedea și art. 2 alin. (2) din *Statutul pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române*, recunoscut prin H.G. nr. 53 din 16 ianuarie 2008, publicată în M. Of. nr. 50 din data de 22 ianuarie 2008, care prevede că Biserica Ortodoxă Română este *autocefală* în organizarea și în lucrarea sa pastorală și misionară.

soțului supraviețuitor de a fi înhumat alături de soțul predecedat, inclusiv în ipoteza în care cei doi nu aparțineau aceluiași cult iar locul de veci s-ar afla într-un cimitir confesional, întrucât ar fi nefiresc ca soția aparținând altei confesiuni să nu poată fi înmormântată alături de soț și copii exclusiv datorită lipsei comunității de credință. La fel, trebuie avută în vedere și ipoteza inversă în care soțul defunct, din aceleași considerente, nu poate fi înhumat în cimitirul parohial al soțului supraviețuitor, acesta din urmă fiind titularul unei concesiuni funerare²⁵.

De asemenea, ar trebui reglementată în mod unitar și situația în care de exemplu mama ar fi înhumată în locul de veci concesionat inițial de părinții ei și aflat într-un cimitir confesional ortodox iar fiica ar aparține altui cult decât celui creștin ortodox, întrucât actualul Regulament al cimitirelor confesionale ortodoxe nu admite ca dreptul de concesiune să fie deținut de neortodocși. În atare ipoteză *Statutul de administrare a cimitirelor Parohiei Romano-catolice Sfântul Mihai din Săcele-Turcheș* admite ca aparținătorii să concesioneze în continuare locul de veci numai în vederea omagiului adus celor decedați, fără a se mai putea folosi mormântul pentru înhumarea altor persoane decedate²⁶, mai ales că potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 102/2014, oricine are dreptul la aducerea ultimului omagiu la locul de veci al decedatului.

4. Regimul juridic al locurilor de înhumare aflate în cimitirele militare

O situație oarecum similară celor de mai înainte este cea prevăzută de *Regulamentul privind organizarea și administrarea cimitirelor militare* care prin art. 4 alin. (2) condiționează înhumarea fostului soț/fostei soții de neregistrarea acestuia/acesteia ori încheierea unei căsătorii fie cu un cadru militar aflat în activitate la data decesului; fie cu un cadru militar în rezervă provenit din rândul cadrelor militare în activitate, un pensionar militar ori fost pensionar militar de invaliditate; fie cu un cadru militar în rezervă mobilizat/concentrat, decedat în perioada mobilizării, stării de război sau instituirii stării de asediu, dacă decesul s-a produs în timpul și din cauza îndeplinirii serviciului militar obligatoriu; fie cu un fost cadru militar activ, îndepărtat abuziv din armată; fie cu un soldat ori un gradat profesionist aflat în activitate la data decesului sau după trecerea în rezervă ca urmare a atingerii limitei de vârstă până la care pot fi menținuți în activitate; fie cu un militar în termen, pe durata stării de război, a stării de mobilizare, precum și pe timpul stării de asediu, dacă decesul s-a produs în timpul și din cauza serviciului militar; fie cu un membru al personalului civil contractual ori o persoană care face parte din categoria funcționarilor publici angajați ai Ministerului Apărării Naționale la data decesului sau care s-a pensionat din cadrul Ministerului Apărării Naționale; fie cu un membru al personalului clerical din Ministerul Apărării Naționale; fie cu un veteran de război, văduvă/văduv de război ori accidentat de război în

²⁵ În practică, nu de puține ori, impedimentul la înmormântare a fost îndepărtat prin declarații date de soțul supraviețuitor și descendenții defunctului care atestau, în contra realității, că decedatul ar fi avut aceeași apartenență religioasă, soluție ce are în esență caracterul unui expedient.

²⁶ Cu excepția cazului în care fiica din exemplul nostru nu s-ar căsători. Dacă fiica s-ar căsători cu un ortodox, aceasta nu ar putea fi înmormântată într-un cimitir confesional ortodox alături de soțul ei întrucât ea este neortodoxă și nu ar putea fi înhumată nici în mormântul familiei de origine întrucât s-a căsătorit. Unica opțiune pentru ca soții să aibă un mormânt comun ar fi aceea de a concesiona un loc de înmormântare situat într-un cimitir municipal/privat al cărui regulament să nu prevadă caracterul confesional al dreptului de a fi înhumat (ex. Cimitirul Municipal Brașov).

afara serviciului ordonat, care a suferit o infirmitate din cauza acțiunii mijloacelor de luptă ale războiului.

Dacă fostul soț/fosta soție se recăsătorește cu o persoană care nu face parte din categoriile de persoane enumerate, va pierde dreptul de a fi înhumat/ă în locul de înmormântare concesionat, situație nefirească dacă luăm în considerare cazul în care pe locul repartizat au fost amenajate lucrări funerare pentru înhumarea mai multor decedați iar acel mormânt conține și osemintele unui descendent comun. Pe cale de consecință, în lipsa introducerii unei excepții de la prevederile art. 4 alin. (2) din Regulamentul pentru organizarea cimitirelor militare, părintele care ar dori să fie înmormântat alături de copilul său se va vedea silit a proceda mai întâi la exhumarea acestuia și reînhumarea într-un loc de înmormântare aflat într-un cimitir al cărui regulament de organizare și funcționare permite ambilor a împărți același mormânt.

5. Regimul juridic al construcțiilor funerare

Construcțiile funerare edificate pe locurile de înhumare potrivit art. 3 lit. c) și d) din Legea nr. 102/2014 includ criptele pentru locuri de înhumare, însemnele, bordurile, împrejuririle, lespezile, obeliscurile sau orice alte lucrări de artă pentru înhumare și sunt proprietatea concesionarului²⁷ care le poate înstrăina însă numai odată cu dreptul de concesiune asupra locului de mormânt, locul de veci și edificiul funerar formând întotdeauna un tot indivizibil²⁸.

Potrivit art. 37 din Regulamentul pentru înmormântări de la 1860, lucrările funerare constituiau *obiecte sacre* iar administrația cimitirului, în situația încetării dreptului de concesiune și al neridicării acestora de către concesionar ori moștenitorii acestora, nu le putea întrebuița decât la lucrări analoge. În același sens se exprimă și Regulamentul cimitirelor confesionale ortodoxe care la art. 1 prevede că cimitirele au caracter de bunuri sacre, fără a mai preciza însă destinația lucrărilor funerare în cazul încetării dreptului de folosință asupra locului de înmormântare.

Statutul de administrare a cimitirelor Parohiei Romano-catolice Sfântul Mihai din Săcele-Turcheș este singurul dintre regulamentele avute în vedere care prin art. 8 alin. (7) interzice îndepărtarea, deteriorarea sau modificarea monumentului funerar în urma încetării dreptului de concesiune asupra mormântului. Astfel, în acest cimitir se dă deplină eficiență dispozițiilor Legii nr. 102/2014 privind dreptul la aducerea ultimului omagiu la locul de veci al decedatului, monumentul funerar fiind un edificiu ridicat pentru a transmite posterității memoria defunctului (*monumentum est, quod memoriae servandae existat*)²⁹.

Prin urmare, în cazul celorlalte cimitire, pentru a nu goli de conținut prevederile art. 2 alin. (1) teza a II-a din Legea nr. 102/2014, *de lege ferenda* s-ar impune reglementarea obligației de a se menține nealterate monumentele funerare atât în vederea aducerii ultimului omagiu, cât mai ales pentru a transmite posterității memoria defunctului.

²⁷ A se vedea Munteanu C., *Despre amintirile de familie și morminte*, în „Revista Română de Drept Privat” nr. 2/2009, p. 63, art. 19 alin. (2) teza a II-a din Regulamentul pentru organizarea și funcționarea cimitirelor și a crematoriilor umane aflate sub autoritatea Consiliului local al Municipiului București și art. 23 din Regulamentul pentru organizarea și administrarea cimitirelor militare.

²⁸ ÎCCJ, S. civ. și de prop. intel., *dec. nr. 4328 din 24 mai 2005*, disponibilă pe <http://www.scj.ro/>.

²⁹ A se vedea D.11.7.2.6 (*Ulpianus, lib. 10 ad Edictum*).

6. În loc de concluzii

Dacă o societate ar fi să fie judecată după modul în care își tratează morții, lipsa unui regulament-cadru de organizare și funcționare a cimitirelor care să reglementeze în mod unitar și echitabil unele aspecte relevate în acest scurt studiu lasă să transpară un oarecare dezinteres față de cei trecuți în neîntință, astfel că viitorii beneficiari de servicii funerare vor trebui să cântărească singuri beneficiile și limitele pe care le implică o anume concesiune funerară atât în privința dreptului de a determina felul propriilor funeralii, cât mai ales în privința ultimului omagiu adus la locul de veci.

CROCHIUL DREPTULUI DE AUTOR SUB PENELUL INTERNETULUI. REPERE JURISPRUDENȚIALE LA 10 ANI DE LA ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ

*Maria DUMITRU-NICA**
*Despina-Martha ILUCA***

Abstract:

The influence of the jurisprudence of the European Court of Justice on Romanian law is undisputed. The actual impact on different law branches varies, depending on multiple factors, not only of legal relevance, but also economical, social or technical. Noticing the Internet's substantial influence on copyright law, we aim to present some of the Court's jurisprudence on the matter, to identify the meaning of the new limits in copyright law set on the EU level and the possible reflection of these in our national law.

Keywords: *copyright law, internet, internet law, European Court of Justice*

Evoluția organică a dreptului pozitiv se configurează în etape distincte – marcate de eterne demersuri exploratorii și rare certitudini – până la norma de drept actuală, care, la rândul ei, reprezintă doar o nouă provocare spre sondarea viitorului. În această labirintică devenire, aderarea României la Uniunea Europeană marchează începutul modernizării dreptului românesc din ultimul deceniu. Calitatea de stat membru al Uniunii Europene a generat un incommensurabil impact legislativ și o indiscutabilă „nouă ordine” în rândul izvoarelor de drept.

Totodată, au început să se contureze și ramuri de drept marcate de avangardism, precum „dreptul internetului”, care beneficiază de o atenție sporită la nivelul Uniunii Europene, fiind interpretat în conexiune cu ramurile de drept clasice. Ne limităm la a indica doar „Tratatele internetului”¹ ca act normativ care protejează drepturile de autor alături de izvoarele de drept intern² și de actele normative cu valoare internațională³ ori comunitară.

* Conf. univ. dr., Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Ștefan cel Mare”, Suceava, adresă de email: av.mariadumitru@yahoo.com.

** LL.M., consilier juridic, Veolia Energie Iași SA, adresă de email: despina.iluca@yahoo.com.

¹ Tratatul WIPO (World Intellectual Property Organization) de la Geneva din 1996 privind dreptul de autor, ratificat prin Legea nr. 205/2000, publicată în M. Of. nr. 609 din 27 noiembrie 2000 și Tratatul WIPO de la Geneva din 1996 privind interpretările, execuțiile și fonogramele, ratificat prin Legea nr. 206/2000, publicată în M. Of. nr. 609 din 27 noiembrie 2000.

² Ne referim în special la Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, publicată în M. Of. nr. 60 din 26 martie 1996, cu ultima modificare adusă prin Legea nr. 261/2015 pentru modificarea și completarea Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, publicată în M. Of. nr. 826 din 5 noiembrie 2015.

³ Avem în vedere, cu precădere, Convenția de la Berna din 1886 pentru protecția operelor literare și artistice; România a aderat la Convenția de la Berna, în forma sa revizuită prin Actul de la Berlin din 13 noiembrie 1908, la 24 martie 1926 prin Legea nr. 152/1926, care a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1927. România a ratificat și actele ulterioare de revizuire a Convenției de la Berna, și anume Actul de la Stockholm

Deciziile de speță prezentate urmăresc evoluția jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene prin raportare la cele mai importante reglementări ale Uniunii aplicabile direct sau indirect în materia dreptului de autor⁴.

Ne vom referi și la un aspect dezvoltat de doctrină, și anume că autorul unei opere este singurul în măsură a decide dacă, în ce mod și când va fi utilizată opera sa. Și tot doar el poate consimți la utilizarea operei de către alții, beneficiind de un drept patrimonial exclusiv în acest sens, precum și de o serie de drepturi patrimoniale, distincte și exclusive, născute din utilizarea unei opere. Este vorba de drepturi ale autorului de a autoriza sau interzice⁵ reproducerea și/sau distribuirea operei, comunicarea publică, directă sau indirectă a operei, prin orice mijloace, inclusiv prin punerea operei la dispoziția publicului astfel încât să poată fi accesată în orice loc și în orice moment ales, în mod individual, de către public.

Aproape toate operele care constituie obiectul dreptului de autor sunt susceptibile de o reprezentare în mediul virtual care, adesea, este realizată cu încălcarea atributelor legale conferite dreptului de autor. Este ceea ce transformă conduitele subliniate anterior – comunicarea publică, reproducerea și distribuirea – în comportamente ilicite tipice în online.

Un prim reper în analiza noastră este cauza C-466/12⁶ – denumită uneori Cauza Retriver Sverige – o decizie de referință în interpretarea Directivei 2001/29/CE de armonizare a anumitor aspecte privind dreptul de autor și drepturile conexe în societatea informațională⁷. În hotărârea amintită, Curtea a statuat în mod indiscutabil că furnizarea pe un site internet a unor linkuri ce pot fi accesate către opere disponibile în mod liber pe un alt site internet nu constituie act de comunicare publică. Totodată, Curtea a arătat că un stat membru nu poate conferi o protecție mai amplă titularilor de drepturi de autor prevăzând că noțiunea de comunicare publică include mai multe operațiuni decât cele prevăzute de Directivă.

din 14 iulie 1967, prin Decretul nr. 1175/1968 (B. Of. nr. 1 din 6 ianuarie 1969), respectiv Actul de la Paris din 24 iulie 1971 modificat în anul 1979, prin Legea nr. 77/1998 (M. Of. nr. 156 din 17 aprilie 1998, intrată în vigoare la data publicării).

⁴ Este vorba în special despre Directiva 2001/29/CE de armonizare a anumitor aspecte privind dreptul de autor și drepturile conexe în societatea informațională, Directiva 2004/48/CE privind respectarea drepturilor de proprietate intelectuală, Directiva 2006/24/CE privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice și de modificare a Directivei 2002/58/CE, Directiva 2002/58/CE privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice (Directiva asupra confidențialității și comunicațiilor electronice).

⁵ Precizăm că vom avea în vedere doar aspectele relevante față de tema tratată.

⁶ *Hotărârea CJUE* (Camera a patra) din 13 februarie 2014, având ca obiect „Trimitere preliminară – Apropierea legislațiilor – Drept de autor și drepturi conexe – Directiva 2001/29/CE – Societatea informațională – Armonizarea anumitor aspecte ale dreptului de autor și drepturilor conexe – Art. 3 alin. (1) – Comunicare publică – Noțiune – Linkuri internet («linkuri care pot fi accesate») care conferă acces la opere protejate”, pronunțată în cauza C-466/12, disponibilă în limba română la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5a7841d83607744b6b8efb56caf53098c.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKch10?text=&docid=147847&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c&id=32441> (ultima verificare a disponibilității sursei: 12 februarie 2017).

⁷ *Directiva 2001/29/CE* a Parlamentului European și a Consiliului din 22 mai 2001 de armonizare a anumitor aspecte privind dreptul de autor și drepturile conexe în societatea informațională, publicată în JOUE L 167 din 22 iunie 2001.

În fapt, cauza își are originea într-un litigiu național din Suedia, unul dintre statele europene cu cea mai mare preocupare pentru protecția drepturilor de autor în fața mijloacelor tehnologice moderne, declanșat de patru jurnaliști care își publicau articolele de presă pe site-ul internet al ziarului Göteborg-Posten și care au constatat că pe site-ul societății Retriver Sverige există furnizate linkuri către articole publicate pe site-ul Göteborg-Posten, însă fără a fi fost solicitat în prealabil acordul jurnaliștilor pentru această comunicare. Ajuns litigiul în etapa apelului, instanța de control suedeză a sesizat CJUE cu patru întrebări preliminare, pe care Curtea le-a sistematizat în două mari chestiuni asupra cărora urma să se pronunțe.

Primul aspect este acela de a stabili, în esență, dacă art. 3 alin. (1) din Directiva 2001/29 trebuie interpretat în sensul că, în sensul acestei dispoziții, reprezintă un act de comunicare publică furnizarea pe un site internet de linkuri care pot fi accesate către opere protejate disponibile pe un alt site internet, în condițiile în care pe celălalt site operele în cauză sunt în accesate liber. Referindu-se la jurisprudența sa anterioară, Curtea reține că pentru ca un „act de comunicare” să existe este suficient în special ca o operă să fie pusă la dispoziția unui public, astfel încât persoanele care îl compun să poată avea acces la aceasta, fără a avea relevanță dacă ele utilizează sau nu utilizează concret această posibilitate. Apreciind asupra circumstanțelor cauzei, CJUE arată că acțiunea Retriver Sverige reprezintă într-adevăr un act de comunicare publică, însă – în stil caracteristic – își nuanțează imediat considerentele, arătând că această comunicare trebuia să se adreseze unui public nou, pe care titularii dreptului de autor nu l-au luat în considerare atunci când au autorizat comunicarea publică inițială.

În aceste condiții, Curtea constată că atunci când totalitatea utilizatorilor unui alt site puteau să accedă în mod direct la operele respective pe site-ul pe care au fost comunicate inițial, fără intervenția administratorului celui alt site, utilizatorii site-ului administrat de acesta din urmă trebuie să fie considerați destinatari potențiali ai comunicării inițiale și, ca urmare făcând parte din publicul luat în considerare de titularii drepturilor de autor atunci când au autorizat comunicarea inițială, astfel că în această speță nu suntem în prezența comunicării către un public nou.

Subliniază însă Curtea că situația ar fi mult diferită în ipoteza în care un link – care poate fi accesat – permite utilizatorilor site-ului pe care se găsește acest link să eludeze măsurile restrictive luate de site-ul pe care se găsește opera protejată, restricții instituite tocmai în scopul ca site-ul respectiv să fie accesat doar de abonații săi. Aceasta constituie o intervenție în lipsa căreia utilizatorii menționați nu ar putea beneficia de operele difuzate, astfel că este necesar să se considere că totalitatea acestor utilizatori reprezintă un public nou, care nu a fost luat în considerare de titularii drepturilor de autor atunci când au autorizat comunicarea inițială. Ca urmare, în cazul unei comunicări publice realizată în această manieră se impune autorizarea titularilor.

A doua chestiune asupra căreia Curtea este chemată să se pronunțe este, în esență, de a stabili dacă art. 3 alin. (1) din Directiva 2001/29 trebuie interpretat în sensul că interzice ca un stat membru să poată conferi o protecție mai amplă titularilor de drepturi de autor prevăzând că noțiunea de comunicare publică include mai multe operațiuni decât cele vizate la dispoziția menționată. Statul suedez era dispus să ofere această protecție largită – prevăzută și de art. 20 din Convenția de la Berna – în măsura în care este compatibilă cu dispozițiile Directivei 2001/29/CE.

În această privință, Curtea se raportează la considerentele (1), (6) și (7) ale Directivei 2001/29, arătând că aceasta are ca obiectiv, între altele, să remedieze diferențele legislative și insecuritatea juridică care există în materie de protecție a drepturilor de autor. Or, a admite că un stat membru poate conferi o protecție mai amplă titularilor de drepturi de autor prevăzând că noțiunea de comunicare publică include și alte operațiuni decât cele cuprinse în Directiva 2001/29 ar avea efecte contrare scopului urmărit la edictarea Directivei. Având în vedere aceste argumente, Curtea a răspuns că Directiva trebuie interpretată în sensul că interzice ca un stat membru să poată conferi o protecție mai amplă titularilor de drepturi de autor prevăzând că noțiunea de comunicare publică include mai multe operațiuni decât cele vizate de această dispoziție.

Un alt reper jurisprudențial pe care îl vom analiza în prezentul studiu se referă la posibilitatea de a bloca accesul utilizatorilor la site-uri care aduc atingere dreptului de autor. Într-o hotărâre remarcabilă, pronunțată în cauza C-314/12⁸, Curtea arată că un furnizor de servicii de internet poate fi obligat să blocheze accesul clienților săi la un site care aduce atingere dreptului de autor, însă că somația de a face acest lucru, precum și executarea somației trebuie să asigure un just echilibru între drepturile fundamentale aplicabile, protejate de ordinea juridică a Uniunii.

Situația de fapt de la baza sesizării Curții viza două societăți de producție cinematografică, Constantin Film Verleih GmbH și Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, care au constatat că anumite filme pe care le-au produs sunt puse la dispoziția publicului pe un site, fără consimțământul lor, astfel că au solicitat pe cale judecătorească obligarea UPC Telekabel Wien GmbH – în calitate de furnizor de servicii internet – să blocheze accesul clienților săi la respectivul site. În etapa recursului, instanța de control austriacă a decis suspendarea cauzei și sesizarea Curții pentru a răspunde la patru întrebări – formulate și distribuite tip cascade – în vederea aprecierii asupra motivelor de recurs invocate de UPC Telekabel. Aceasta din urmă invoca că nu se putea considera că serviciile sale sunt folosite pentru a aduce atingere dreptului de autor sau unui drept conex în sensul art. 8 alin. (3) din Directiva 2001/29, întrucât ea nu avea nicio relație comercială cu operatorii site-ului internet în litigiu și nu s-a dovedit că propriii săi clienți au acționat în mod nelegal. În orice caz, UPC Telekabel susține că toate măsurile de blocare susceptibile de a fi aplicate pot fi eludate tehnic, iar unele sunt excesiv de costisitoare.

În primul rând, Curtea a înțeles să clarifice dacă un furnizor de servicii internet de tipul UPC Telekabel poate fi considerat un intermediar în sensul Directivei. De asemenea, raportându-se tot la considerentele Directivei 2001/29, în special la considerentul (59), întrucât serviciile intermediarilor sunt folosite din ce în ce mai mult pentru a contraface

⁸ Hotărârea CJUE (Camera a patra) din 27 martie 2014, având ca obiect „Trimitere preliminară – Apropierea legislațiilor – Drept de autor și drepturi conexe – Societatea informațională – Directiva 2001/29/CE – Site internet care pune la dispoziția publicului opere cinematografice fără consimțământul titularilor unui drept conex dreptului de autor – Art. 8 alin. (3) – Noțiunea «intermediari ale căror servicii sunt folosite de către terți pentru a contraface dreptul de autor sau un drept conex» – Furnizor de acces la internet – Ordonanță adresată unui furnizor de acces la internet prin care i se interzice să permită accesul clienților săi la un site internet – Echilibru între drepturile fundamentale”, pronunțată în cauza C-314/12, disponibilă în limba română la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149924&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=108206> (ultima verificare a disponibilității sursei: 12 februarie 2017).

dreptul de autor sau drepturile conexe, Curtea a considerat că acești intermediari sunt, în numeroase cazuri, cel mai bine plasați pentru a pune capăt unor asemenea acte. Totodată, având în vedere obiectivul din considerentul (9) al Directivei, care constă în a garanta titularilor de drepturi un nivel ridicat de protecție, noțiunea de contrafacere astfel folosită trebuie înțeleasă ca incluzând situația unui obiect protejat pus la dispoziția publicului pe internet fără acordul titularilor drepturilor în cauză.

Curtea a apreciat că furnizorul de acces la internet este un participant indispensabil la orice transmitere pe internet a unei contrafaceri între unul dintre clienții săi și un terț; întrucât face posibilă această transmitere, este necesar să se considere că un furnizor de acces la internet este un intermediar ale cărui servicii sunt folosite pentru a contraface dreptul de autor sau un drept conex. Apărarea UPC Telekabel că nu are nicio relație comercială cu operatorii site-ului este înlăturată de Curte, arătând că nu reiese din nicio normă a Directivei că există cerința unei relații speciale între intermediar și persoana care aduce atingere dreptului de autor și că această cerință nici nu poate fi dedusă din obiectivele urmărite de Directivă, întrucât o astfel de cerință ar reduce protecția juridică recunoscută titularilor de drepturi. Nu în ultimul rând, se notează că nu este necesar a se dovedi dacă respectivul site a fost sau nu în concret accesat de utilizatorii de servicii de internet, întrucât Directiva 2001/29 impune ca măsurile pe care statele membre au obligația de a le lua pentru a se conforma acesteia să aibă drept obiective nu numai încetarea încălcărilor aduse dreptului de autor sau drepturilor conexe, ci și prevenirea acestora. Ca urmare, răspunsul întrebării preliminare a fost că un furnizor de acces la internet ale cărui servicii sunt folosite pentru a pune la dispoziția publicului obiecte protejate fără acordul titularului de drepturi este un intermediar în sensul Directivei.

În aceeași hotărâre, Curtea indică conținutul pe care îl poate avea o somație pronunțată de instanță pentru obligarea intermediarului la blocarea accesului la un site care aduce atingere dreptului de autor, mai exact dacă este sau nu necesar ori permis a se include în somație măsurile concrete care se impun a fi luate.

În acest sens, Curtea statuează că drepturile fundamentale recunoscute de dreptul Uniunii trebuie interpretate în sensul că nu se opun ca, prin intermediul unei somații pronunțate de o instanță, să se interzică unui furnizor de acces la internet să permită accesul clienților săi la un site internet care publică online obiecte protejate fără acordul titularilor de drepturi. În cazul în care această somație nu precizează ce măsuri trebuie să adopte furnizorul de acces respectiv acesta din urmă poate evita sancțiunile coercitive impuse pentru încălcarea interdicției menționate făcând dovada că a luat toate măsurile rezonabile, cu condiția însă, pe de o parte, ca măsurile luate să nu priveze în mod inutil utilizatorii de internet de posibilitatea de a accede în mod licit la informațiile disponibile și, pe de altă parte, ca aceste măsuri să aibă ca efect să împiedice sau, cel puțin, să facă dificil realizabile accesările neautorizate ale obiectelor protejate ori să descurajeze în mod serios utilizatorii de internet care au recurs la serviciile destinatarului aceleiași somații să acceseze obiectele respective puse la dispoziția lor cu încălcarea dreptului de proprietate intelectuală, ceea ce este de competența autorităților și a instanțelor naționale să verifice.

Fiind clarificată, în opinia noastră, problema blocării accesului la site-uri care aduc atingere dreptului de autor, apreciem că într-o înșiruire logică cea de-a treia direcție pe care este necesar să o tratăm este cea a dezvăluirii identității abonaților la servicii de

internet atunci când aceștia încalcă dreptul de autor. În această privință, hotărârea de referință, atât pentru dispozitiv, cât și pentru considerentele sale, este cea pronunțată în cauza C-461/2010⁹ – cunoscută sub numele de *Bonnier Audio*.

Înainte de a intra însă în detaliile cauzei se impune să precizăm faptul că această hotărâre apare ca o adaptare a jurisprudenței Curții la schimbările și impactul considerabil pe care îl are internetul asupra dreptului de autor pentru a asigura o mai bună protecție a operelor și eficiența practică a funcției coercitive a normei de drept. Astfel, notăm că au existat o serie de hotărâri preliminare – cauza C-360/10 *SABAM* și cauza C-70/10 *Scarlet Extended* – în care dreptul Uniunii a fost interpretat în sensul protejării identității abonaților la servicii de internet și a activității lor în mediul virtual. Însă ceea ce diferențiază *ab initio* aceste spețe de cauza *Bonnier Audio* este că în cauzele precedente solicitarea adresată furnizorului de servicii de internet era de a monitoriza pe scară largă, cu titlu general și neindividualizat, activitatea utilizatorilor de servicii de internet, precum și filtrarea conținutului paginilor web pentru a evita încălcarea dreptului de autor. În contrast, în cauza *Bonnier Audio*, sesizarea Curții a fost făcută de instanța suedeză (din nou, în dovedirea apetenței Suediei pentru protejarea drepturilor de autor și corecta interpretare și aplicare a dispozițiilor Uniunii în materie) vizând cazul în care somația de a comunica identitatea unui utilizator de servicii internet se face cu dovedirea existenței unor indicii reale, concrete ale atingerii dreptului de autor de către respectivul utilizator.

În fapt, litigiul național privea cinci societăți (*Bonnier Audio* și alții), titulare ale unor drepturi exclusive de reproducere, editare și punerea la dispoziția publicului de cărți audio, care au constatat că 27 de opere asupra cărora aveau drepturi au fost difuzate public, fără acordul lor, prin intermediul unui server FTP (file transfer protocol), care permitea partajarea de fișiere și transferul de date între calculatoare conectate la internet. Având în vedere că furnizorul de servicii internet prin intermediul căruia ar fi avut loc schimbul ilegal de fișiere este Perfect Communication Sweden AB, *Bonnier Audio* a solicitat instanței somarea furnizorului de internet la comunicarea numelui și adresei utilizatorului care a avut conduita ilicită. În etapa recursului, instanța suedeză sesizează CJUE pentru a clarifica dacă Directiva 2006/24 privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice și de modificare a Directivei 2002/58/CE¹⁰ se opune aplicării unei dispoziții de drept național care, în scopul de a identifica un abonat, permite somarea unui furnizor de acces la internet să comunice titularului unui drept de autor, în cadrul unei proceduri civile, identitatea abonatului

⁹ Hotărârea Curții (Camera a treia) din 19 aprilie 2012, având ca obiect „Drept de autor și drepturi conexe – Prelucrarea datelor prin internet – Atingere adusă unui drept exclusiv – Cărți audio devenite accesibile cu ajutorul unui server FTP prin intermediul internetului printr-o adresă IP furnizată de operatorul internet – Somație adresată operatorului internet de a furniza numele și adresa utilizatorului adresei IP”, pronunțată în cauza C-461/10, disponibilă în limba română la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d6ad17ea276ac14a269836a1a43e26ca4f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PahmLe0?text=&docid=121743&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=150325> (ultima verificare a disponibilității sursei: 12 februarie 2017).

¹⁰ Directiva 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice și de modificare a Directivei 2002/58/CE, publicată în JOUE L 105 din 13 aprilie 2006.

căruia i-a fost atribuită o adresă IP care ar fi fost utilizată pentru a se aduce atingere respectivului drept.

Analizând în primul rând domeniul de aplicare *ratione materiae* al Directivei 2006/24, Curtea arată că aceasta se referă exclusiv la prelucrarea și păstrarea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele publice de comunicații, în scopul utilizării în cadrul activităților de cercetare, de depistare și de urmărire a infracțiunilor grave, precum și transmitere a acestora către autoritățile naționale competente. Având în vedere că Bonnier Audio se situează pe teritoriul unei proceduri civile, Curtea răspunde întrebării preliminare în sensul că Directiva 2006/24 nu se opune la măsura legislativă în discuție, pentru simplul motiv că o astfel de măsură nu intră în domeniul *ratione materiae* al Directivei.

Curtea însă nu își rezumă raționamentul la cele expuse anterior, arătând că este obligată să ia în considerare norme ale dreptului Uniunii la care instanța națională nu a făcut trimitere în enunțul întrebării sale, astfel că urmează a analiza sesizarea și prin prisma dispozițiilor Directivei 2002/58 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice¹¹ și Directivei 2004/48 privind respectarea drepturilor de proprietate intelectuală¹².

Raportând norma de drept suedez criticată în acțiunea principală la prevederile Directivelor 2002/58 și ale Directivei 2004/48, CJUE apreciază că textul de lege este de natură să asigure un echilibru just între protecția dreptului de proprietate intelectuală de care se bucură titularii dreptului de autor și protecția datelor cu caracter personal de care beneficiază un abonat la internet sau un utilizator de internet.

Pentru a ajunge la această concluzie, Curtea a notat că pentru a se putea dispune emiterea unei somații de comunicare a datelor în cauză, legislația națională în discuție impune existența unor indicii reale cu privire la o atingere adusă unui drept de proprietate intelectuală asupra unei opere, că informațiile solicitate să poată facilita ancheta cu privire la încălcarea dreptului de autor sau la atingerea adusă unui asemenea drept și că motivele care stau la baza acestei somații să fie de un interes superior inconvenientelor sau altor prejudicii pe care le poate provoca destinatarului ei sau oricăror interese care se opun acesteia. Cele trei criterii sunt considerate de Curte ca fiind necesare a fi îndeplinite de orice măsură legislativă națională similară pentru a respecta dreptul Uniunii.

Această hotărâre a CJUE are aptitudinea de a influența și afecta considerabil una dintre practicile notorii la nivelul statului nostru, și anume aceea de a descărca de pe internet opere protejate de drepturi de autor, cu încălcarea atributelor conferite titularului dreptului. În anii 2000, în perioada de dezvoltare a rețelelor de internet locale, prin intermediul unui program de tip peer-to-peer file-sharing, un utilizator putea să copieze fișiere direct de pe terminalul unui alt utilizator al rețelei locale. Însă aceste acțiuni erau ușor identificabile de către furnizorii de servicii de internet și, implicit, de autoritățile naționale competente, astfel încât în anii care au urmat s-au dezvoltat programe noi, care să îngreuneze determinarea exactă a utilizatorilor.

¹¹ Directiva 2002/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iulie 2002 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice (Directiva asupra confidențialității și comunicațiilor electronice), publicată în JOUE L 201 din 31 iulie 2002.

¹² Directiva 2004/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 29 aprilie 2004 privind respectarea drepturilor de proprietate intelectuală, publicată în JOUE L 157 din 30 aprilie 2004.

În prezent, una dintre cele mai folosite metode este aceea a descărcării de materiale prin intermediul fișierelor de tip torrent, o metodă destul de diferită, care îngreunează identificarea utilizatorilor. Practic, fiecare fișier este sincopat în mii de fragmente, utilizatorul copiind informația de la zeci de alți utilizatori – denumiți peers – în loc de a descărca informația de la un singur alt utilizator și, la rândul său, devine peer pentru alții. Metoda face ca utilizatorii care încalcă dreptul de autor să fie mai greu identificabili, dar nu sunt la adăpost de a fi cunoscuți de către furnizorii de servicii de internet, care în continuare dețin resorturile necesare găsirii utilizatorului prin adresa de IP care i-a fost atribuită.

Ajungând așadar la aceste aspecte de ordin tehnic, vom încheia analiza jurisprudențială cu hotărârea pronunțată în cauza C-360/13¹³ privind regimul realizării de copii de pe site-uri. Litigiul național care a stat la baza sesizării CJUE privea pe Public Relations Consultants Association Ltd, pe de o parte, și Newspaper Licensing Agency Ltd și alții, pe de altă parte, referitor la obligația de a obține o autorizare din partea titularilor drepturilor de autor pentru consultarea unor site-uri internet care implică realizarea de copii ale acestor site-uri pe ecranul calculatorului utilizatorului și în memoria cache internet a hard diskului acestui calculator. În apel, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească dacă art. 5 din Directiva 2001/29 privind armonizarea anumitor aspecte ale dreptului de autor și drepturilor conexe în societatea informațională trebuie interpretat în sensul că copiile pe ecran și copiile în memoria cache, efectuate de un utilizator final în cursul consultării unui site internet, îndeplinesc condițiile potrivit cărora aceste copii trebuie să fie provizorii, să aibă un caracter tranzitoriu sau accesoriu și să constituie o parte integrantă și esențială a unui proces tehnic și dacă, în acest caz, aceste copii pot fi realizate fără autorizare din partea titularilor drepturilor de autor.

Curtea se pronunță în sensul că aceste copii pot fi realizate fără acordul titularilor dreptului de autor, analizând punctual fiecare condiție și notând că astfel de copii în memoria cache facilitează considerabil navigarea pe internet, acesta nefiind în măsură, în lipsa copiilor respective, să facă față volumului actual de date transmise online. În ceea ce privește copiile pe ecran, nu s-a contestat faptul că, în stadiul actual, tehnologia vizualizării de site-uri internet pe calculatoare necesită realizarea unor astfel de copii pentru a putea funcționa corect și eficient.

Referitor la exploatarea normală a operelor, Curtea consideră că accesarea de site-uri prin procesul tehnic al realizării de copii reprezintă o exploatare normală a operelor, care permite utilizatorilor de internet să beneficieze de comunicarea publică efectuată de editorul site-ului internet în cauză, astfel că aceasta nu poate aduce atingere unei astfel de exploatare a operelor.

În loc de concluzie, alegem să privim spre o nouă fațetă a dreptului de autor și a protecției sale – care constituie cea mai recentă practică în domeniul internetului și a

¹³ Hotărârea Curții (Camera a patra) din 5 iunie 2014, având ca obiect „Drepturi de autor – Societate informațională – Directiva 2001/29/CE – Art. 5 alin. (1) și (5) – Reproducere – Excepții și limitări – Realizarea de copii ale unui site internet pe ecran și în memoria cache a hard diskului în timpul navigării pe internet – Act provizoriu de reproducere – Act tranzitoriu sau accesoriu – Parte integrantă și esențială a unui proces tehnic – Utilizare licită – Semnificație economică de sine stătătoare”, pronunțată în cauza C-360/13, disponibilă în limba română la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153302&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&did=&occ=first&part=1&cid=173867> (ultima verificare a disponibilității sursei: 12 februarie 2017).

dreptului de autor: *copyleft*¹⁴ – un joc de cuvinte pornind de la copyright. Este o formă de licențiere care poate fi folosită pentru aproape orice fel de operă din mediul online și ale cărei începuturi își au originea în materia dezvoltării de software. Dacă în general dreptul de autor este folosit pentru a împiedica reproducerea, adaptarea și distribuirea neautorizată a operelor, în contrast, în cazul copyleftului, autorul poate acorda fiecărei persoane care primește o copie a operei dreptul de a reproduce, adapta sau distribui opera, cu singura condiție ca orice rezultat subsecvent să fie subiectul aceleiași reguli de copyleft. Cuvântul cheie în această practică emergentă este reciprocitatea, iar dezvoltarea recentă a diferitelor platforme de software care folosesc copyleft ne arată potențialul succes de care ar putea beneficia.

În viitor, copyleft-ul – care poate fi considerat întruchiparea generozității într-un domeniu atât de lucrativ precum IT-ul – poate fi penelul care redesenează crochiul drepturilor de autor, invitând la trasarea unor noi și noi limite.

¹⁴ Pentru detalieri, a se vedea <https://www.gnu.org/licenses/copyleft.en.html> (ultima verificare a disponibilității sursei: 12 februarie 2017)

**SECȚIUNEA
DREPT PRIVAT II**

CÂTEVA ASPECTE PRIVIND IMPACTUL DREPTULUI UNIUNII EUROPENE ASUPRA DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT ROMÂN

Gheorghe BUTA*

Abstract:

Romanian private international law, similar to the private international law of other European Union member states, went through important transformations following the “europeanisation” of this field of law. An increasingly wide area of the Romanian private international law has its source directly in the European regulations. For instance, as regards the law applicable to contractual obligations, art. 2640 from the Romanian Civil Code makes direct reference to the EU regulations, and as regards the law applicable to divorce, the provisions from the Romanian Civil Code are largely inspired by Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (Rome III Regulation). In addition, the Romanian lawmaker chose to draw inspiration from EU private international law even when drafting purely national law provisions. For instance, some provisions in the Romanian Code of civil procedure regarding the jurisdiction of the courts draw inspiration from Brussels I Regulation. The current article aims at outlining several impact points between EU law and Romanian private international law, starting from the history of the step by step extension of the EU regulations in the field of conflict-of-laws and conflict-of-jurisdictions.

Keywords: EU law, Romanian private international law, europeanisation

Preliminarii

Dreptul internațional privat român, la fel ca și cel al celorlalte state membre ale Uniunii Europene, a trecut prin transformări radicale ca urmare a procesului de „europenizare” a acestei materii, pe de-o parte prin acte legislative adoptate direct la nivelul Uniunii Europene care au instaurat concepte juridice autonome și, pe de altă parte, prin jurisprudența tot mai extinsă a Curții de Justiție a Uniunii Europene care asigură interpretarea unitară a respectivelor concepte. O arie tot mai largă a dreptului internațional privat român își are sursa direct în regulamentele europene, iar o parte din normele interne privind conflictul de legi și conflictul de jurisdicții au devenit lipsite de utilitate practică.

În ceea ce privește legea aplicabilă obligațiilor contractuale și extracontractuale, art. 2640 și art. 2641 C. civ. fac trimitere directă la reglementările dreptului Uniunii Europene, iar în cazul divorțului, prevederile din Codul civil se inspiră în mare măsură din Regulamentul (UE) nr. 1259/2010 al Consiliului din 20 decembrie 2010 de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidată în domeniul legii aplicabile divorțului și separării de corp („Regulamentul Roma III”).

* Dr., Cercetător științific gr. I, la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: gheorghe.buta@musat.ro.

În plus, legiuitorul român a început să se inspire din regulamentele europene pentru conturarea normelor pur interne, iar în doctrină și jurisprudență se apelează adesea la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene („CJUE”) pentru interpretarea prevederilor similare sau a conceptelor identice din dreptul intern. De exemplu, după cum vom detalia mai jos, unele prevederi din noul Cod de procedură civilă privind competența instanțelor judecătorești își au sursa de inspirație în Regulamentul Bruxelles I.

Dezvoltarea dreptului internațional privat la nivelul Comunității Economice Europene și ulterior al Uniunii Europene a început în anul 1957 și a prins avânt după anul 1999. Uniformizarea, chiar și numai parțială, a dreptului internațional privat la nivelul Uniunii Europene era esențială pentru atingerea obiectivului final de a asigura libera circulație a persoanelor, a mărfurilor, a serviciilor și a capitalurilor pentru buna funcționare a pieței unice. Se vorbește uneori despre crearea unei noi libertăți prin regulamentele Bruxelles

Crearea unor standarde unitare în toate statele membre s-a construit mai ales pe baza principiului încrederii reciproce între instanțele din statele membre, iar efectul a fost adaptarea și înlocuirea treptată a normelor naționale de drept internațional privat. În prezent normele de la nivelul Uniunii Europene operează în paralel cu normele de la nivel național, acestea din urmă acoperind fie materii care nu intră în sfera de aplicare a regulamentelor europene, fie raporturi juridice care implică state terțe.

Viitorul va aduce o extindere a dreptului internațional privat european, prin regulamente care să acopere noi arii, dar și o aprofundare a reglementării, prin înlocuirea vechilor regulamente cu versiuni mai moderne, care reflectă încercarea de a elimina cât mai multe obstacole din calea unei colaborări fluente între instanțele naționale și a unei funcționări cât mai suple a pieței unice.

În plus, odată cu intrarea în vigoare a *Convenției privind acordurile de alegere a forului încheiată la 30 iunie 2005 în cadrul Conferinței de la Haga de drept internațional privat* se observă înaintarea cu pași înceți, dar siguri către norme internaționale de drept internațional privat.

Scurt istoric al dreptului internațional privat al Uniunii Europene

Extinderea dreptului Uniunii Europene în aria dreptului internațional privat își are originea în art. 220 din Tratatul de la Roma de instituire a Comunității Economice Europene (1957)¹, care a constituit baza pentru adoptarea Convenția de la Bruxelles din

¹ Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene (CEE) și a Comunității Europene a Energiei Atomice (CEEa sau „Euratom”), cunoscute și sub numele de Tratatul de la Roma, au fost semnate la 25 martie 1957 și au intrat în vigoare la 1 ianuarie 1958. Cele șase țări fondatoare au fost Belgia, Franța, Germania, Italia, Luxemburg și Țările de Jos. Comunitatea Economică Europeană avea ca obiectiv instituirea unei piețe comune bazate pe cele patru libertăți: libera circulație a mărfurilor, a persoanelor, a capitalului și a serviciilor. Scopul Euratom era să coordoneze aprovizionarea cu materiale fisionabile și programele de cercetare privind utilizarea pașnică a energiei nucleare, aflate deja în plină desfășurare sau în curs de pregătire în statele membre.

Art. 220 prevede: „Statele membre încep negocieri între ele, dacă este nevoie, pentru a garanta cetățenilor lor: protecția persoanelor, exercitarea și protecția drepturilor în condițiile acordate de fiecare stat propriilor cetățeni; eliminarea dublei impunerii în interiorul Comunității; recunoașterea reciprocă a societăților în sensul alin. (2) din art. 58, menținerea personalității juridice în cazul transferării sediului dintr-o țară în alta și posibilitatea fuziunii unor societăți supuse unor legislații naționale diferite; simplificarea formalităților privitoare la recunoașterea și executarea reciprocă a hotărârilor judecătorești

1968 privind competența judiciară și executarea hotărârilor judecătorești în materie civilă și comercială². Aceasta a creat un cadru uniform pentru alocarea competenței între statele membre și pentru a facilita recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială.

În mod natural, pasul următor a fost adoptarea unei convenții privind conflictul de legi ca un complement necesar Convenției care rezolva problema conflictului de jurisdicții și a recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești. Inițial s-a dorit ca o singură convenție să cuprindă atât normele privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale, cât și cele privind legea aplicabilă obligațiilor extracontractuale deoarece Convenția de la Bruxelles reglementa atât obligațiile contractuale, cât și pe cele extracontractuale. Pentru că statele membre nu au ajuns la un acord în privința determinării legii aplicabile obligațiilor necontractuale, s-a optat pentru adoptarea unei convenții care să acopere strict obligațiile contractuale, aceasta fiind *Convenția de la Roma din 1980 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale*³.

Abia la 22 iulie 2003, Comisia europeană a adoptat o propunere pentru un Regulament al Parlamentului și al Consiliului privind regulile de conflict de legi în raport cu obligațiile necontractuale care ulterior s-a materializat în *Regulamentul (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului european și al Consiliului din 11 iulie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale („Regulamentul Roma II”)*⁴.

Paralel Convenției de la Bruxelles din 1968, statele membre ale Comunităților Europene și statele membre ale Asociației Europene a Liberului Schimb au încheiat Convenția privind competența judiciară și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială la Lugano în data de 16 septembrie 1988 și care a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1992 (**„Convenția de Lugano 1988”**). Această convenție a extins aplicarea normelor Convenției de la Bruxelles la anumite state membre ale Asociației Europene a Liberului Schimb.

Odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Amsterdam în 1999, Comunitatea europeană a dobândit competențe în domeniul cooperării judiciare în materie civilă, ceea ce a deschis calea spre relansarea Convențiilor deja existente sub formă de regulamente. În plus, competențele nou dobândite prin Tratatul de la Amsterdam au stat ca bază pentru extinderea dreptului internațional privat al Uniunii Europene atât în materia dreptului comercial, cât și al dreptului familiei.

Cu titlu de exemplu, enumerăm: Regulamentul (CE) nr. 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială (Bruxelles I), Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al

prezum și a sentințelor arbitrale.” Textul Tratatului de instituire a Comunității Economice Europene (CEE) este disponibil în limbile germană, franceză, italiană și olandeză la adresa <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:11957E/TXT> și în limba română la adresa <http://lege5.ro/Gratuit/heztsnrx/tratatul-instituind-comunitatea-europeana-din-25031957->

² Convenția de la Bruxelles din 1968 privind competența judiciară și executarea hotărârilor judecătorești în materie civilă și comercială. Textul Convenției este disponibil online la adresa <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/ALL/?uri=CELEX:41998A0126>.

³ Convenția de la Roma din 1980 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale a intrat în vigoare la 1 aprilie 1991. Textul Convenției de la Roma este disponibil la adresa [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):RO:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):RO:NOT)

⁴ C.M.V. Clarkson, Jonathan Hill, *The Conflict of Laws*, 4th ed., Oxford University Press, 2011, pp. 4-6.

Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I), Regulamentul (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 iulie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale (Roma II), Regulamentul (UE) nr. 1259/2010 al Consiliului din 20 decembrie 2010 de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidată în domeniul legii aplicabile divorțului și separării de corp (Roma III), Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000 (Bruxelles Ibis), Regulamentul (CE) nr. 4/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere, Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului european și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor, Regulamentul (CE) nr. 4/2009 al Consiliului din 18 decembrie 2008 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere, Regulamentul (UE) nr. 2015/848 al Parlamentului European și al Consiliului privind procedurile de insolvență.

Trebuie remarcat că pentru efortul de uniformizare a dreptului internațional privat la nivelul Uniunii Europene s-a optat pentru Regulamente, care sunt acte cu forță generală, obligatorii și direct aplicabile în fiecare stat membru al Uniunii Europene, fără a mai fi nevoie de măsuri speciale de încorporare în dreptul național. Astfel, dispozițiile din regulamentele Uniunii Europene privind conflictul de jurisdicții și conflictul de legi sunt comune și se aplică în mod uniform în toate statele contractante, beneficiind de interpretările ale Curții de Justiție a Uniunii Europene.

După adoptarea Regulamentului nr. 44/2001, care a înlocuit în raporturile dintre statele membre Convenția de la Bruxelles, pentru a extinde aplicarea prevederilor sale și în relația cu statele membre ale Asociației Europene a Liberului Schimb, s-a încheiat *Convenția privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, la Lugano în data de 30 octombrie 2007 („Convenția de Lugano 2007”)*.

Ca urmare a succesului pe care l-a avut cooperarea judiciară dintre statele membre prin aplicarea Convenției de la Bruxelles și ulterior a Regulamentului nr. 44/2001, a fost posibilă trecerea la un nou regim în această materie, bazat pe aprofundarea principiului încrederii reciproce între state membre, prin adoptarea *Regulamentului (UE) nr. 1215/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 12 decembrie 2012 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială (reformare) („Regulamentul Bruxelles I bis”)*, aplicabil de la 10 ianuarie 2015.

Acest nou regulament stabilește instanțele din statul membru care au competența de a decide asupra litigiilor civile și comerciale și prevede că o hotărâre pronunțată într-un stat membru este recunoscută în celelalte state membre fără să fie nevoie de nicio procedură specială, eliminând astfel procedura de exequatur.

Având în vedere că Regulamentul nr. 1215/2012 este aplicabil începând cu 10 ianuarie 2015, Regulamentul nr. 44/2001 va continua să se aplice hotărârilor pronunțate în cadrul acțiunilor judiciare începute, actelor autentice întocmite sau înregistrate în mod oficial și tranzacțiilor judiciare aprobate sau încheiate înainte de 10 ianuarie 2015.

Impactul dreptului Uniunii Europene asupra dreptului internațional privat român

Normele privind conflictul de jurisdicții din Codul de procedură civilă român rămân relevante pentru situațiile nereglementate de regulamentele Bruxelles ale Uniunii Europene. În acest sens, art. 1064 C. pr. civ. prevede că *„normele interne de drept procesual civil internațional se aplică proceselor civile cu elemente de extraneitate, în măsura în care prin tratatele internaționale la care România este parte, prin dreptul Uniunii Europene sau prin legi speciale nu se prevede altfel”*.

Ca atare, în cazul materiilor care nu sunt acoperite de regulamentele Bruxelles ale Uniunii Europene, în cazul litigiilor în care pârâtul nu are domiciliul pe teritoriul unui stat membru⁵ și în cazul hotărârilor judecătorești provenind din state terțe rămân pe deplin aplicabile normele naționale cuprinse în Codul de procedură civilă.

De asemenea, potrivit art. 2557 alin. (3) C. civ., Cartea a VII-a a Codului civil, care cuprinde norme pentru determinarea legii aplicabile raporturilor juridice de drept privat cu element de extraneitate, va fi aplicabilă numai în măsura în care convențiile internaționale la care România este parte, dreptul Uniunii Europene sau dispozițiile din legile speciale nu stabilesc o altă reglementare

În ceea ce privește regulamentele Roma vizând legea aplicabilă obligațiilor contractuale și extracontractuale, precum și legea aplicabilă divorțului, acestea beneficiază de aplicare universală⁶, ceea ce înseamnă că legea desemnată de dispozițiile din regulament se va aplica indiferent dacă este sau nu legea unui stat membru. Ca atare, instanțele din statele membre vor aplica prevederile regulamentelor Roma în orice situații cu element de extraneitate privind materii acoperite de aceste regulamente. În aceste materii regulamentele Roma înlocuiesc efectiv normele naționale de soluționare a conflictului de legi.

Dacă în cazul obligațiilor contractuale și a celor extracontractuale legiuitorul român a optat în Codul civil pentru trimiterea directă la reglementările europene, în ceea ce privește regulile de soluționare a conflictului de legi privind divorțul intervine o suprapunere între prevederile naționale și cele din Regulamentul Roma III, consecința fiind aceea că normele naționale sunt superflue deoarece Regulamentul Roma III se va aplica direct oricărui conflict de legi privind divorțul. Explicația pentru existența în

⁵ Regulamentul Bruxelles I – art. 4 alin. (1): *Dacă pârâtul nu este domiciliat pe teritoriul unui stat membru, competența este determinată, în fiecare stat membru, de legislația statului membru în cauză.*

Regulamentul Bruxelles I bis – art. 6 (1): *Dacă pârâtul nu are domiciliul pe teritoriul unui stat membru, competența instanțelor este determinată, în fiecare stat membru, de legislația statului membru în cauză.*

⁶ Regulamentul Roman I – Art. 2 Aplicare universală: *Legea desemnată de prezentul regulament se aplică indiferent dacă este sau nu legea unui stat membru.*

Regulamentul Roma II – Art. 3 Aplicare universală: *Orice lege menționată în textul prezentului regulament se aplică indiferent dacă este sau nu legea unui stat membru.*

Regulamentul Roma III – Art. 4 Aplicare universală: *Legea desemnată în temeiul prezentului regulament se aplică indiferent dacă este sau nu legea unui stat membru participant.*

Codul civil a unor reguli de soluționare a conflictului de legi privind divorțul este aceea că la momentul intrării în vigoare a Codului civil (1 octombrie 2011), Regulamentul Roman III nu intrase încă în vigoare⁷. Totuși, la acest moment, pentru coerența reglementării, se impune o modificare a prevederilor din Codul civil constând în înlocuirea regulilor naționale de soluționare a conflictului de legi privind divorțul cu o singură prevedere de trimitere expresă la reglementările europene, identic cu abordarea adoptată în privința obligațiilor contractuale și extracontractuale.

Impactul asupra Codului civil

Sub influența evidentă a dreptului Uniunii Europene, art. 2640 C. civ. privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale prevede în primul alineat că „*legea aplicabilă obligațiilor contractuale se determină potrivit reglementărilor dreptului Uniunii Europene*”. Doar în materiile care nu sunt acoperite de Regulamentul Roma I se va aplica dreptul național, astfel cum prevede alin. (2): „*În materiile care nu intră sub incidența reglementărilor Uniunii Europene sunt aplicabile dispozițiile prezentului cod privind legea aplicabilă actului juridic, dacă nu se prevede altfel prin convenții internaționale sau prin dispoziții speciale.*”

Situația este identică și în privința legii aplicabile obligațiilor extracontractuale. Art. 2641 C. civ. stabilește la alin. (1) că „*legea aplicabilă obligațiilor extracontractuale se determină potrivit reglementărilor dreptului Uniunii Europene*”, iar la alin. (2) prevede că „*în materiile care nu intră sub incidența reglementărilor Uniunii Europene se aplică legea care cârmuiește fondul raportului juridic preexistent între părți, dacă nu se prevede altfel prin convenții internaționale sau prin dispoziții speciale.*”

Prin urmare, în cazul regulilor pentru determinarea legii aplicabile obligațiilor contractuale și extracontractuale, impactul dreptului Uniunii Europene a fost unul fundamental: Regulamentele Roma I și Roma II au înlocuit în totalitate prevederile dreptului român, fiind aplicabile oricărui conflict de legi care intervine în materiile acoperite⁸ de aceste regulamente, indiferent dacă respectivul conflict de legi intervine

⁷ Regulamentul Roma II a intrat în vigoare pentru statele participante la forma de cooperare consolidată în data de 21 iunie 2012.

⁸ **Regulamentul Roma I – Art. 1 Domeniul de aplicare material**

(1) *Prezentul regulament se aplică obligațiilor contractuale în materie civilă și comercială, în situațiile care există un conflict de legi.*

Regulamentul nu se aplică, în special, în materie fiscală, vamală sau administrativă.

(2) *Sunt excluse din domeniul de aplicare al prezentului regulament:*

(a) *aspectele privind starea sau capacitatea persoanelor fizice, fără a aduce atingere art. 13;*

(b) *obligațiile rezultate din relații de familie și din relațiile care, în conformitate cu legea care le este aplicabilă, sunt considerate ca având efecte comparabile, inclusiv obligații de întreținere;*

(c) *obligațiile rezultate din aspectele patrimoniale ale regimurilor matrimoniale, din aspectele patrimoniale ale relațiilor care sunt considerate, în conformitate cu legea care le este aplicabilă, ca având efecte comparabile cu cele ale căsătoriei, precum și obligațiile care decurg din testamente și succesiuni;*

(d) *obligațiile rezultate din cambii, cecuri și bilete la ordin, precum și alte instrumente negociabile, în măsura în care obligațiile care decurg din astfel de instrumente negociabile derivă din caracterul lor negociabil;*

(e) *convențiile de arbitraj și convențiile privind alegerea instanței competente;*

(f) *aspectele reglementate de dreptul societăților comerciale și al altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, precum constituirea, prin înregistrare sau în alt mod, capacitatea juridică, organizarea*

între legile unor state membre sau între legile unor state terțe. În concret, chiar dacă intervine un conflict de legi între dreptul Braziliei și dreptul Emiratelor Arabe Unite în materia obligațiilor contractuale sau extracontractuale, instanțele din Uniunea Europeană vor determina legea aplicabilă în baza Regulamentelor Roma I și Roma II.

Înainte de intrarea în vigoare a Regulamentului Roma III în data de 21 iunie 2012, legiuitorul român s-a inspirat deja din acesta pentru a contura prevederile din Codul civil privind legea aplicabilă divorțului. În prezent, Regulamentul este direct aplicabil în toate statele membre care au participat la forma de cooperare consolidată în domeniul legii aplicabile divorțului și separării de corp. Având în vedere că și Regulamentul Roma III beneficiază de aplicare universală, la fel ca Regulamentele Roma I și Roma II, prevederile din Codul civil privind legea aplicabilă divorțului devin superflue. Instanțele din statele membre participante la forma de cooperare consolidată vor aplica direct

internă sau dizolvarea societăților și a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, și răspunderea personală a asociaților și membrilor acestora pentru obligațiile societății sau ale organismului;

(g) chestiunea de a ști dacă un reprezentant poate angaja față de terți răspunderea persoanei pe seama căreia pretinde că acționează sau dacă un organ al unei societăți sau al altui organism, constituit sau nu ca persoană juridică, poate angaja față de terți răspunderea respectivei societăți sau a respectivului organism;

(h) constituirea de trusturi și raporturile dintre fondatorii, administratorii și beneficiarii acestora;

(i) obligațiile care decurg din înțelegeri care au avut loc înainte de semnarea unui contract;

(j) contractele de asigurare ce decurg din activități desfășurate de organizații, altele decât întreprinderile menționate la art. 2 din Directiva 2002/83/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 5 noiembrie 2002 privind asigurarea de viață (1), al căror obiect este de a plăti indemnizații persoanelor angajate sau liber-profesioniști care aparțin unei întreprinderi sau grup de întreprinderi, ori unui sector profesional sau interprofesional, în caz de deces, supraviețuire, întrerupere sau reducere a activității, sau în caz de boală profesională sau provocată de accidente de muncă.

Regulamentul Roma II – Art. 1 Domeniul de aplicare

(1) Prezentul regulament se aplică obligațiilor necontractuale în materie civilă și comercială, în situații care implică un conflict de legi. Acesta nu se aplică, în special, în materie fiscală, vamală sau administrativă sau în ceea ce privește răspunderea statului privind acte sau omisiuni efectuate în exercitarea autorității statului (*acta iure imperii*).

(2) Următoarele aspecte sunt excluse din domeniul de aplicare al prezentului regulament:

a) obligațiile necontractuale rezultate din relațiile de rudenie sau din relații care sunt considerate, în conformitate cu legea care le este aplicabilă, ca având efecte comparabile, inclusiv obligații de întreținere;

b) obligațiile necontractuale care decurg din regimurile matrimoniale, din regimurile patrimoniale ale relațiilor care sunt considerate, în conformitate cu legea care le este aplicabilă, ca având efecte comparabile cu căsătoria, precum și obligațiile necontractuale care decurg din testamente și succesiune;

c) obligațiile necontractuale rezultate din cambii, cecuri și bilete la ordin, precum și alte instrumente negociabile, în măsura în care obligațiile care rezultă din astfel de instrumente negociabile decurg din caracterul lor negociabil;

d) obligațiile necontractuale care derivă din dreptul societăților comerciale și a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, cu privire la aspecte precum constituirea, prin înregistrare sau în alt mod, personalitatea juridică, organizarea internă sau dizolvarea societăților comerciale și a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, răspunderea personală a asociaților și membrilor pentru obligațiile societății comerciale sau organismului, precum și răspunderea personală a cenzorilor față de o societate comercială sau față de membrii acesteia în efectuarea controalelor legale ale documentelor contabile;

e) obligațiile necontractuale care decurg din relațiile dintre fondatorii, membrii consiliului de administrație și beneficiarii unui trust creat în mod voluntar;

f) obligațiile necontractuale care decurg din producerea daunelor nucleare;

g) obligațiile necontractuale care decurg din atingeri aduse vieții private și ale drepturilor referitoare la personalitate, inclusiv calomnia.

Regulamentul Roma III pentru a rezolva un conflict de legi în materiile acoperite⁹ de regulament, indiferent dacă respectivul conflict de legi intervine între legile unor state membre sau între legile unor state terțe. Prin urmare, apreciem că la acest moment, pentru coerența reglementării, se impune înlocuirea prevederilor din Codul civil privind legea aplicabilă divorțului cu o singură prevedere de trimitere expresă la reglementările europene, identic cu abordarea adoptată în privința obligațiilor contractuale și extracontractuale

Totuși, pentru a evidenția impactul Regulamentului Roma III, chiar înainte de intrarea sa în vigoare, asupra dreptului internațional privat român, prezentăm mai jos în formă tabelară asemănările dintre dispozițiile relevante din Codul civil și prevederile Regulamentului Roma III. Chiar dacă limbajul nu este întotdeauna același, soluția legală este aceeași cu două excepții: (i) în cazul alegerii de către soți a legii aplicabile divorțului, dreptul român, spre deosebire de Regulamentul Roma III, prevede și posibilitatea de a alege legea statului pe teritoriul căruia soții au locuit cel puțin 3 ani; iar (ii) în privința legii aplicabile divorțului în lipsa alegerii, dreptul român prevede și ipoteza legii ultimei cetățenii comune a soților, dacă cel puțin unul dintre ei a păstrat această cetățenie la data introducerii cererii de divorț, în lipsa cetățeniei comune a soților.

Codul civil român	Regulamentul Roma III
<p>Art. 2597 – Alegerea legii aplicabile divorțului</p> <p><i>Soții pot alege de comun acord una dintre următoarele legi aplicabile divorțului:</i></p> <p>a) <i>legea statului pe teritoriul căruia soții au reședinită obișnuită comună la data convenției de alegere a legii aplicabile;</i></p> <p>b) <i>legea statului pe teritoriul căruia soții au avut ultima reședință obișnuită comună, dacă cel puțin unul dintre ei mai locuiește acolo la data convenției de alegere a legii aplicabile;</i></p> <p>c) <i>legea statului al cărui cetățean este unul dintre soți;</i></p> <p>d) <i>legea statului pe teritoriul căruia soții au locuit cel puțin 3 ani;</i></p> <p>e) <i>legea română.</i></p>	<p>Art. 5 – Alegerea legii aplicabile de către părți</p> <p><i>(1) Soții pot conveni să desemneze legea aplicabilă divorțului și separării de corp, cu condiția ca aceasta să fie una dintre următoarele legi:</i></p> <p>a) <i>Legea statului pe teritoriul căruia soții își au reședința obișnuită la data încheierii acordului; sau</i></p> <p>b) <i>Legea statului pe teritoriul căruia soții și-au avut ultima reședință obișnuită, cu condiția ca unul dintre ei să aibă încă reședința respectivă la data încheierii acordului; sau</i></p> <p>c) <i>Legea statului de cetățenie a unuia dintre soți la data încheierii acordului;</i></p> <p>d) <i>Legea forului</i></p>

⁹ **Regulamentul Roma III – Art. 1 Domeniul de aplicare**

(1) Prezentul regulament se aplică divorțului și separării de corp în situațiile în care există un conflict de legi.

(2) Prezentul regulament nu se aplică următoarelor aspecte, chiar dacă acestea sunt doar chestiuni preliminare în contextul procedurilor privind divorțul sau separarea de corp: (a) capacitatea juridică a persoanelor fizice;

(b) existența, valabilitatea sau recunoașterea unei căsătorii; (c) anularea căsătoriei; (d) numele soților;

(e) consecințele referitoare la efectele patrimoniale ale căsătoriei; (f) răspunderea părintească; (g) obligațiile de întreținere; (h) fiduciar/actul fiduciar sau succesiunile.

<p>Art. 2598 – Data convenției de alegere a legii aplicabile</p> <p>(1) Convenția de alegere a legii aplicabile divorțului se poate încheia sau modifica cel mai târziu până la data sesizării autorității competente să pronunțe divorțul.</p> <p>(2) Cu toate acestea, instanța judecătorească poate să ia act de acordul soților cel mai târziu până la primul termen de judecată la care părțile au fost legal citate</p>	<p>Art. 5</p> <p>(2) Fără a aduce atingere alin. (3), acordul care desemnează legea aplicabilă poate fi încheiat și modificat în orice moment, dar nu ulterior datei sesizării instanței judecătorești</p> <p>(3) În cazul în care această posibilitate este prevăzută în legea forului, soții pot desemna legea aplicabilă și în fața instanței judecătorești pe parcursul procedurii. În acest caz, instanța judecătorească ia act de acordul soților, în conformitate cu legea forului.</p>
<p>Art. 2599 – Forma convenției de alegere a legii aplicabile</p> <p>Convenția de alegere a legii aplicabile divorțului trebuie încheiată în scris, semnată și datată de soți.</p>	<p>Art. 7 – Valabilitatea formală</p> <p>(1) Acordul menționat la art. 5 alin. (1) și (2) este încheiat în scris, datat și semnat de ambii soți. Orice comunicare sub formă electronică care permite consemnarea durabilă a acordului este considerată ca reprezentând o formă scrisă.</p>
<p>Art. 2600 – Legea aplicabilă divorțului</p> <p>(1) În lipsa alegerii legii de către soți, legea aplicabilă divorțului este:</p> <p>a) Legea statului pe teritoriul căruia soții au reședința obișnuită comună la data introducerii cererii de divorț;</p> <p>b) În lipsa reședinței obișnuite comune, legea statului pe teritoriul căruia soții au avut ultima reședință obișnuită comună, dacă cel puțin unul dintre soți mai are reședința obișnuită pe teritoriul acestui stat la data introducerii cererii de divorț;</p> <p>c) În lipsa reședinței obișnuite a unuia dintre soți pe teritoriul statului unde aceștia au avut ultima reședință obișnuită comună, legea cetățeniei comune a soților la data introducerii cererii de divorț;</p> <p>d) În lipsa cetățeniei comune a soților, legea ultimei cetățenie comune a soților, dacă cel puțin unul dintre ei a păstrat această cetățenie la data introducerii cererii de divorț;</p>	<p>Art. 8 – Legea aplicabilă în absența exprimării opțiunii părților</p> <p>În absența unei opțiuni în temeiul art. 5, divorțul și separarea de corp sunt reglementate de legea statului</p> <p>a) pe teritoriul căruia soții își au reședința obișnuită la data sesizării instanței judecătorești; sau, în caz contrar;</p> <p>b) pe teritoriul căruia soții își aveau ultima reședință obișnuită, cu condiția ca perioada respectivă să nu se fi încheiat cu mai mult de un an înaintea sesizării instanței judecătorești, atât timp cât unul dintre ei încă mai are reședința în cauză la data sesizării instanței judecătorești; sau, în lipsa acestuia;</p> <p>c) a cărui cetățenie este deținută de ambii soți la data sesizării instanței judecătorești; sau, în caz contrar;</p> <p>d) unde este sesizată instanța judecătorească.</p>

e) <i>Legea română în toate celelalte cazuri.</i>	
<p>Art. 2600</p> <p>(2) <i>Dacă legea străină, astfel determinată, nu permite divorțul ori îl admite în condiții deosebit de restrictive, se aplică legea română, în cazul în care unul dintre soți este, la data cererii de divorț, cetățean român sau are reședința obișnuită în România.</i></p> <p>(3) <i>Prevederile alin. (2) sunt aplicabile și în cazul în care divorțul este cărmuit de legea aleasă de soți.</i></p>	<p>Art. 10 – Aplicarea legii forului</p> <p><i>În cazul în care legea aplicabilă în temeiul art. 5 sau 8 nu prevede divorțul sau nu acordă unuia dintre soți, din cauza apartenenței la unul dintre sexe, egalitate de acces la divorț sau la separarea de corp, se aplică legea forului.</i></p>

Prevederile din Codul civil privind legea aplicabilă moștenirii au fost la rândul lor influențate de Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului european și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor.

Deși Codul civil român a intrat în vigoare (1 octombrie 2011) înainte de adoptarea (4 iulie 2012) și intrarea în vigoare (17 august 2015) a Regulamentului nr. 650/2012, se pot observa asemănări între prevederile dreptului român privind conflictul de legi în materia succesiunilor și prevederile din Regulamentul nr. 650/2012. Totuși, asemănările sunt mai reduse dată fiind succesiunea în timp a celor două acte normative.

În prezent, la fel ca în cazul dispozițiilor privind legea aplicabilă divorțului, apreciem că se impune adaptarea dispozițiilor din Codul civil pentru a reflecta aplicarea directă a Regulamentului nr. 650/2012, care beneficiază de asemenea de aplicare universală¹⁰. Pentru a evidenția asemănările dintre reglementarea națională și reglementarea europeană, am optat pentru prezentarea dispozițiilor relevante în formă tabelară.

Codul civil	Regulamentul nr. 650/2012
<p>Art. 2633 – Legea aplicabilă</p> <p><i>Moștenirea este supusă legii statului pe teritoriul căruia defunctul a avut, la data morții, reședința obișnuită.</i></p>	<p>Art. 21 – Norma generală</p> <p><i>(1) Sub rezerva cazului în care prezentul regulament cuprinde dispoziții contrare, legea aplicabilă succesiunii în ansamblul său este cea a statului în care defunctul își avea reședința obișnuită în momentul decesului.</i></p> <p><i>(2) În cazul în care, cu titlu de excepție, toate circumstanțele cazului indică în mod clar că, în momentul decesului, defunctul avea în mod evident</i></p>

¹⁰ Art. 20 – Aplicare universală: „Orice lege menționată în prezentul regulament se aplică indiferent dacă este sau nu legea unui stat membru.”

	o legătură mai strânsă cu un alt stat decât statul a cărui lege ar fi aplicabilă în temeiul alin. (1), legea aplicabilă succesiunii este legea celui alt stat.
<p>Art. 2634 – Alegerea legii aplicabile</p> <p>(1) O persoană poate să aleagă ca lege aplicabilă moștenirii în ansamblul ei, legea statului a cărui cetățenie o are.</p> <p>(2) Existența și validitatea consimțământului exprimat prin declarația de alegere a legii aplicabile sunt supuse legii alese pentru a cărmui moștenirea.</p> <p>(3) Declarația de alegere a legii aplicabile trebuie să îndeplinească, în ceea ce privește forma, condițiile unei dispoziții pentru cauză de moarte. Tot astfel, modificarea sau revocarea de către testator a unei asemenea desemnări a legii aplicabile trebuie să îndeplinească, în ceea ce privește forma, condițiile de modificare sau de revocare a unei dispoziții pentru cauză de moarte.</p>	<p>Art. 22 – Alegerea legii</p> <p>(1) O persoană poate să aleagă ca legea care să se aplice succesiunii sale în ansamblu său să fie legea statului a cărui cetățenie o deține în momentul alegerii legii sau la data decesului.</p> <p>O persoană care deține mai multe cetățenii poate să aleagă legea oricăruia dintre statele al căror cetățean este în momentul alegerii legii sau la momentul decesului.</p> <p>(2) Alegerea legii trebuie exprimată în mod explicit, printr-o declarație sub forma unei dispoziții pentru cauză de moarte sau trebuie să rezulte din clauzele unei astfel de dispoziții.</p> <p>(3) Condițiile de fond ale actului prin care s-a făcut alegerea legii sunt reglementate de legea aleasă.</p> <p>(4) Orice modificare sau revocare a alegerii legii trebuie să îndeplinească condițiile de formă pentru modificarea sau revocarea unei dispoziții pentru cauză de moarte.</p>
<p>Art. 2636 – Domeniul de aplicare a legii moștenirii. Succesiunea vacantă</p> <p>(1) Legea aplicabilă moștenirii stabilește îndeosebi:</p> <p>a) momentul și locul deschiderii moștenirii;</p> <p>b) persoanele cu vocație de a moșteni;</p> <p>c) calitățile cerute pentru a moșteni;</p> <p>d) exercitarea posesiei asupra bunurilor rămase de la defunct;</p> <p>e) condițiile și efectele opțiunii succesoriale;</p> <p>f) întinderea obligației moștenitorilor de a suporta pasivul;</p> <p>g) condițiile de fond ale</p>	<p>Art. 23 – Domeniul de aplicare a legii aplicabile</p> <p>(1) Legea stabilită în temeiul art. 21 sau 22 reglementează succesiunea în ansamblul său.</p> <p>(2) Această lege reglementează, în special:</p> <p>(a) cauzele, momentul și locul deschiderii succesiunii;</p> <p>(b) vocația succesorală a beneficiarilor, stabilirea cotelor-părți ce le revin acestora, a obligațiilor care pot fi impuse de către defunct, precum și a altor drepturi privind succesiunea, inclusiv drepturile succesoriale ale soțului sau ale partenerului supraviețuitor;</p>

<p><i>testamentului, modificarea și revocarea unei dispoziții testamentare, precum și incapacitățile speciale de a dispune sau de a primi prin testament;</i></p> <p><i>h) partajul succesoral.</i></p>	<p><i>(c) capacitatea succesorală;</i></p> <p><i>(d) dezmoștenirea și nedemnitatea;</i></p> <p><i>(e) transferul către moștenitori și, după caz, către legatari al bunurilor, drepturilor și obligațiilor din care se compune patrimoniul succesoral, inclusiv condițiile și efectele acceptării succesiunii sau a unui legat sau ale renunțării la acestea;</i></p> <p><i>(f) puterile conferite moștenitorilor, executorilor testamentari și altor administrator ai patrimoniului succesoral, în special cu privire la vânzarea bunurilor și plata creditorilor, fără a aduce atingere atribuțiilor menționate la art. 29 alin. (2) și (3);</i></p> <p><i>(g) răspunderea pentru datoriile succesiunii;</i></p> <p><i>(h) partea din patrimonial succesoral de care se poate dispune, rezervele succesoriale și alte restricții privind libertatea de a dispune pentru cauză de moarte, precum și pretențiile pe care persoanele apropiate defunctului le-ar putea avea față de patrimoniul succesoral sau față de moștenitori;</i></p> <p><i>(i) obligațiile privind raportul sau reducățiunea liberalităților la calcularea cotelor-părți din succesiune ale diverșilor beneficiari; și</i></p> <p><i>(j) partajul succesoral.</i></p>
---	--

Impactul asupra Codului de procedură civilă

Regulamentul Bruxelles I a influențat câteva soluții legislative pentru care s-a optat în noul Cod de procedură civilă în capitolele privind competența instanțelor judecătorești, chiar dacă limbajul nu este întotdeauna similar. Mai mult, este relevant că doctrina juridică se raportează la jurisprudența CJUE pentru a interpreta în mod coerent concepte juridice care se regăsesc atât în Codul de procedură civilă, cât și în Regulamentul Bruxelles I. După cum bine se remarcă în literatura de specialitate „*deși hotărârile Curții se referă doar la interpretarea și aplicarea regulamentului [...] Coerența de ansamblu a sistemului de drept reclamă interpretări identice pentru texte care sunt, în substanță, identice și au aceeași finalitate*”¹¹.

¹¹ Gh.-L. Zidaru în V.M. Ciobanu, M. Nicolae, *Noul Cod de Procedură Civilă comentat și adnotat*, Vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pp. 326-327.

De exemplu, art. 112 C. pr. civ.¹² urmează aceeași soluție precum cea prevăzută de art. 6 pct. 1 din Regulamentul Bruxelles I¹³, iar literatura de specialitate a observat consonanța dintre reglementări și oportunitatea de a folosi principiile care reies din jurisprudența CJUE pentru o interpretare coerentă¹⁴.

Art. 113 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ. privind competența teritorială alternativă a instanței de la locul prevăzut în contract pentru executarea, fie chiar în parte, a obligației, în cazul cererilor privind executarea, anularea, rezoluțiunea sau rezilierea unui contract se corelează cu art. 5 pct. 1 lit. (a) din Regulamentul Bruxelles I, care prevede că o persoană care are domiciliul pe teritoriul unui stat membru poate fi acționată în justiție într-un alt stat membru în materie contractuală, în fața instanțelor de la locul în care obligația care formează obiectul cererii a fost sau urmează a fi executată. Având în vedere corespondența dintre cele două reglementări, literatura de specialitate a aplicat prevederii din dreptul intern interpretarea CJUE¹⁵ potrivit căreia dacă în contract sunt prevăzute mai multe locuri pentru executarea obligației și nu se poate stabili locul prestației principale, sunt competente oricare dintre instanțele de la locurile stipulate pentru executare¹⁶.

Art. 113 alin. (1) pct. 6 C. pr. civ. privind competența teritorială alternativă a instanței locului de plecare sau de sosire, pentru cererile ce izvorăsc dintr-un contract de transport se corelează cu art. 5 pct. 1 lit. b) din Regulamentul Bruxelles I, astfel cum a fost interpretat de CJUE¹⁷, corelație care a fost deja evidențiată în literatura de specialitate¹⁸.

De asemenea, art. 113 alin. (1) pct. 9 C. pr. civ. privind competența alternativă a instanței în a cărei circumscripție s-a săvârșit fapta ilicită sau s-a produs prejudiciul, pentru cererile privind obligațiile izvorâte dintr-o asemenea faptă, corespunde art. 5 pct. 3 din Regulamentul Bruxelles I astfel cum a fost interpretat de CJUE¹⁹, corelație analizată deja în doctrina juridică din țara noastră²⁰.

¹² Art. 112 C. pr. civ.: (1) Cererea de chemare în judecată a mai multor pârâți poate fi introdusă la instanța competentă pentru oricare dintre aceștia; în cazul în care printre pârâți sunt și obligați accesorii, cererea se introduce la instanța competentă pentru oricare dintre debitorii principali; (2) Dacă un pârât a fost chemat în judecată numai în scopul sesizării instanței competente pentru el, oricare dintre pârâți poate invoca necompetența la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate în fața primei instanțe.

¹³ Art. 6 Regulamentul Bruxelles I: O persoană care are domiciliul pe teritoriul unui stat membru mai poate fi acționată în justiție: 1. atunci când există mai mulți pârâți, în fața instanței domiciliului oricăruia dintre aceștia, cu condiția ca cererile să fie atât de strâns legate între ele încât să fie oportună instrumentarea și judecarea lor în același timp, pentru a se evita riscul pronunțării unor hotărâri ireconciliabile în cazul judecării separate a cauzelor;

¹⁴ Gh.-L. Zidaru, *op. cit.*, pp. 326-327.

¹⁵ Hotărârea CJUE din 3 mai 2007 în cauza C-386/05, *Color Drack GmbH c. Lexx International Vertriebs GmbH*, ECLI:EU:C:2007:262

¹⁶ Gh.-L. Zidaru, *op. cit.*, p. 333.

¹⁷ Hotărârea CJUE din 9 iulie 2009 în cauza C-204/08, *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*, ECLI:EU:C:2009:439

¹⁸ Gh.-L. Zidaru, *op. cit.*, p. 335

¹⁹ Hotărârea CJUE din 30 noiembrie 1976 în cauza 21-76, *Handelskwekerij G.J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace SA*, ECLI:EU:C:1976:166

²⁰ Gh.-L. Zidaru, *op. cit.*, p. 336.

Art. 115 alin. (3) C. pr. civ.²¹ privind cererile în materie de asigurări oferă o soluție care reiese și din coroborarea art. 11 și art. 9 alin. (1) lit. b) din Regulamentul Bruxelles, astfel cum au fost interpretate de CJUE²², corelație analizată deja în doctrina juridică²³.

La fel, soluția prevăzută la art. 117 alin. (1) C. pr. civ. privind competența exclusivă a instanței în a cărei circumscripție este situat imobilul corespunde soluției prevăzute de art. 22 din Regulamentul Bruxelles I.

Chiar dacă la o primă privire pare că impactul dreptului Uniunii Europene asupra capitolelor privind competența instanțelor judecătorești din Codul de procedură civilă nu are legătură cu dreptul internațional privat, apreciem că impactul există chiar dacă este indirect. În concret, pentru buna funcționare a regulilor privind conflictul de jurisdicții, a căror sursă se regăsește în dreptul Uniunii Europene, au fost adaptate unele prevederi din Codul de procedură civilă privind competența instanțelor judecătorești, iar altele pot beneficia de interpretările CJUE în privința unor concepte juridice identice, astfel cum sugerează doctrina juridică.

Această corelare între normele de drept internațional privat aplicabile în mod direct în statele membre și normele pur interne din dreptul român contribuie pe de-o parte la asigurarea unei coerențe în aplicarea regulilor privind conflictul de jurisdicții, iar, pe de altă parte, conduce la modernizarea normelor pur interne privind competența instanțelor de judecată.

²¹ Art. 115 alin. (3) C. pr. civ.: „În materia asigurării obligatorii de răspundere civilă, terțul prejudiciat poate introduce acțiune direct și la instanța domiciliului sau, după caz, a sediului său”.

²² Hotărârea Curții din 13 decembrie 2007 în cauza C-463/06, *FBTO Schadeverzekeringen NV c. Jack Odenbreit*, ECLI:EU:C:2007:792.

²³ Gh.-L. Zidaru, *op. cit.*, p. 341.

UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND EFECTELE RECUNOAȘTERII AUTORITĂȚII DE LUCRU INTERPRETAT A HOTĂRĂRILOR CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE ASUPRA DREPTULUI PROCESUAL CIVIL ROMÂN

*Maria-Magdalena CARDIȘ***

Abstract:

One of the aims of the European Union is to guarantee equal rights for all its citizens. Considering the diversity of the way in which the dispositions of the European law can be understood, it may occur the situation in which these are applied in an uneven manner. In this context, the role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) is very important, this being competent to provide an interpretation of the European law in a generally valid manner, its decisions being invested with the authority of the interpretation given by the CJEU.

Keywords: *the authority of the interpretation given by the Court of Justice of the European Union; unitary interpretation; predictability; transparency; celerity*

1. Introducere

La nivelul societății internaționale se constată o tendință tot mai mare de uniformizare; acesta este și cazul Uniunii Europene, uniune ai cărei membrii inițiali au urmărit încă de la început atât „să pună bazele unei uniuni tot mai strânse între națiunile europene”, cât și „să asigure, printr-o acțiune comună progresul economic și social al statelor prin eliminarea barierelor care divizează Europa”, după cum a fost statuat în Preambulul privind Tratatul instituirea Comunităților Europene (în prezent, Tratatul privind Uniunea Europeană). Pornind de la acest premise, care continuă să rămână actuale, au fost create instituții comune statelor care au aderat la Uniune Europeană și a fost încercată și unificarea legislativă, unificarea care ar fi trebuit să aibă loc prin adoptarea unor legi suprastatale comune.

Cum codurile comune au rămas doar în fază de proiecte, căci statele semnatare ale Tratatului privind Uniunea Europeană nu au dorit să renunțe într-o asemenea măsură la suveranitatea proprie, a fost încercată găsirea unei soluții de compromis, în care normele prevăzute în tratatele și actele suprastatale care au un caracter normativ să își găsească totuși o aplicare unitară. La acest tip de aplicare nu se poate ajunge decât pe calea unei interpretări general valabile, căci în cazul în care fiecare stat-membru ar face o interpretare proprie a acestora, normele supranaționale ar fi interpretate potrivit dreptului intern, ceea ce nu ar corespunde scopului Uniunii Europene.

* Consilier juridic, Societate Servicii de Investiții Financiare Romintrade SA, cardis.magda@yahoo.com.

2. Efectele recunoașterii autorității de lucru interpretat

La modul general, interpretarea poate fi definită ca fiind „procesul prin care interpretul este obligat să constate sensul normei de drept, să verifice cu ce înțeles utilizează cuvintele legiuitorului, dacă acesta a gândit ori s-a exprimat concret sau abstract, dacă a făcut enumerări limitative ori s-a menținut în limitele unei reglementări-cadru”¹.

Definiția citată se referă cu precădere la interpretarea causală (judiciară, administrativă etc.), făcută de organul de aplicare a normei, și nu la interpretarea făcută pe baza unor dispoziții legale de către autoritatea care a edictat actul normativ. Interpretarea judiciară făcută astfel nu este mai puțin oficială, dat fiind faptul că provine de la un organ care are atribuții în materie de interpretare a normelor pe care le aplică într-o anumită cauză, însă nu este o interpretare cu efecte generale, ori prin care să fie creat dreptul, căci ea „are forță juridică (este obligatorie) pentru cauza respectivă și față de participanții la această cauză”². În același sens sunt și prevederile art. 9, alin. (3), C. civ., care prevede că „interpretarea legii de către instanță se face numai în scopul aplicării ei în cazul dedus judecății”.

Mai mult, potrivit art. 5, alin. (4), C. pr. civ., „este interzis judecătorului să stabilească dispoziții general obligatorii prin hotărârile pe care le pronunță în cauzele ce îi sunt supuse judecății”. Pe cale de consecință, interpretarea dată de o anumită instanță unei norme de drept într-o cauză dedusă judecății este valabilă doar în respectiva cauză, neputând fi vorba de o interpretare care trebuie dată și ulterior și neavând în nicio situație efect cu privire la alte cauze, chiar dacă ar fi similare. Același punct de vedere îl are, de exemplu, și legiuitorul francez, căci prevederile art. 5 C. civ. francez³ sunt identice cu cele ale art. 5, alin. (4), C. pr. civ. (român). Trebuie totuși menționat și faptul că „art. 5, alin. (4), C. pr. civ. nu este în contradicție cu dispozițiile care reglementează recursul în interesul legii ori darea hotărârii prealabile pentru dezlegarea unor probleme de drept”⁴. Scopul normei citate este „ca judecătorul să nu dea rezolvări de principiu, obligatorii pentru toate instanțele, prin hotărârea pe care o pronunță în cauza ce i-a fost supusă judecății”⁵.

Totuși, pornind de la existența menționatei proceduri, se poate observa că se dorește crearea unei jurisprudențe unitare, la care se poate ajunge doar pe calea unei interpretări unitare a normelor de drept în vigoare, fără a da însă posibilitatea unei instanțe de a utiliza, de exemplu, interpretarea dată de o altă instanță unei norme juridice într-o cauză similară⁶. Pe cale de consecință, ca regulă generală, nu se poate face vorbire

¹ von Savigny, F.K., *System des heutigen römischen Rechtes*, Band I, Veit Verlag (Ed. Veit), Berlin, 1849, p. 251, disponibil pe www.deutschtextarchiv.de.

² Popa, N., *Teoria generală a dreptului*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 202.

³ Art. 5 C. civ. fr.: „Judecătorului îi este interzis să stabilească dispoziții general obligatorii prin hotărârile pe care le pronunță”.

⁴ Tăbărcă, M., *Drept procesual civil. Volumul I – Teoria generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 41.

⁵ *Ibidem*, p. 42.

⁶ Cu privire la cauzele similare care pot apărea pe rolul aceleiași instanțe ținem să specificăm faptul că nu este vorba de crearea unei jurisprudențe unitare atunci când aceasta (instanța – s.n.) pronunță același tip de soluție referitor la acestea, dat fiind faptul că aceasta nu își invocă propria jurisprudență, așa cum nu poate invoca nici jurisprudența altei instanțe ca izvor de drept, cu excepția situației în care invocă hotărâri pronunțate în cadrul recursului în interesul legii ori în procedura prin care a fost dezlegată o chestiune de drept.

despre existența autorității de lucru interpretat, cu atât mai mult cu cât jurisprudența nu constituie izvor de drept. Astfel, „într-o logică elementară, hotărârile organelor de jurisdicție, indiferent de natura acestor organe, care sunt înzestrate numai cu *autoritatea lucrului judecat*, producând efecte relative, strict *inter partes*, nu au și nu pot avea vocație normativă”⁷.

În plan extern, la nivel suprastatal, există însă hotărâri ale unor organe de jurisdicție, anume ale Curții de Justiție a Uniunii Europene (în continuare, CJUE) și ale Curții Europene a Drepturilor Omului (în continuare, CEDO) care sunt investite și cu autoritatea lucrului interpretat, și nu doar cu cea a lucrului judecat. În plus, autoritatea lucrului interpretat nu este în mod inevitabil conexă autorității de lucru judecat, căci nu este obligatoriu ca ea să intervină în circumstanțele soluționării unui litigiu.

Autoritatea de lucru interpretat este, *lato sensu*, un concept asociat hotărârilor CJUE, fiind asemănător deciziilor de principiu, decizii care nu sunt recunoscute sub această denumire în dreptul român, existând însă alți înlocuitori. Trebuie astfel spus că „decizia de principiu este dată pentru rezolvarea unui caz concret, dar ea este susceptibilă să influențeze în viitor deciziile în spețele similare; ea nu este un precedent obligatoriu, dar are calitatea de sursă persuasivă a dreptului”⁸. Decizia de principiu nu este deci o decizie menită să creeze *per se* un precedent juridic general obligatoriu, însă aceasta poate prefigura o posibilă regulă de urmat. Cu toate acestea, a fost exprimată și părerea potrivit căreia „decizia de principiu este o decizie aparținând unei instanțe superioare sau supreme, prin care sunt clarificate pentru prima dată chestiuni juridice de interes ori pe baza căreia se dorește modificarea unor decizii existente prin care a fost interpretată legislația în vigoare”⁹. Pornind de la aceste premise, se poate afirma că autoritatea de lucru interpretat este noțiunea prin care este desemnat efectul atașat hotărârilor CJUE cu privire la interpretarea dată unor anumite norme, potrivit competenței sale, după cum vom arăta ulterior.

Necesitatea existenței unei autorități de lucru interpretat este justificată prin faptul că normele existente la nivel suprastatal trebuie să aibă o forță juridică similară și să beneficieze de o aplicare unitară în toate statele, existența unor discrepante nefiind de dorit, chiar dacă „tensiunea dintre unitate și diversitate este caracteristică pentru cultura europeană”¹⁰. Trebuie amintit aici faptul că, de-a lungul ultimei jumătăți de secol, a fost încercată unificarea legislativă a statelor membre a fostei Comunități Europene prin crearea unei Constituții Europene ori prin crearea unui Cod civil european. Cum din diverse considerente, unele de natură istorică, altele de natură politică, statele europene nu au dorit să renunțe la suveranitatea proprie în favoarea unei legislații comune, a fost găsită soluția conferirii autorității de lucru interpretat anumitor tipuri de hotărâri, pentru ca cel puțin anumite acte normative suprastatale să fie interpretate și ulterior aplicate în mod unitar.

⁷ Deleanu, I., Deleanu, S., *Jurisprudența și revirimentul jurisprudențial. Eseu*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 50.

⁸ *Ibidem*, p. 52.

⁹ Stauss, B., *Die Grundsatzentscheidung* în Gabler Wirtschaftslexikon, Springer Gabler Verlag (Herausgeber), disponibil la <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/72040/internationale-rechnungslegung-sachgebietstext-v8.html>.

¹⁰ Zimmermann, R., *Dreptul roman și cultura europeană în Liber Amicorum*. Liviu Pop, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 982.

În acest context, autoritatea de lucru interpretat poate apărea ca având o valoare normativă, în ciuda faptului că niciun judecător și nicio instanță de judecată nu are competența de a crea drept. În acest sens, trebuie menționat că „în activitatea judiciară, interpretarea fără aplicare este sterilă, inutilă și inadmisibilă; aplicare fără interpretare, logic, este imposibilă; dar interpretarea este ea însăși, prin definiție, creatoare”¹¹. Mai mult, dreptul european modern prezintă imaginea unei mixturi care justifică existența unei autorități de lucru interpretat, pornind de la asemănarea cu dreptul roman, care avea la bază două fundamente, anume „*ius civile*, nucleul tradițional de reguli de drept aplicabile cetățenilor romani și *ius honorarium* – pe care unii l-ar numi *Equity* –, care fusese introdus de pretori în interesul public *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*”¹² (pentru a ajuta, completa și corecta dreptul civil tradițional). Și în ziua de astăzi există un fundament scris, în prezența tratatelor și protocoalelor adiționale, și un *ius honorarium* modern, rezultând din interpretarea oficială și calificată a organismelor cărora le revine această atribuție, pentru a ajuta la corecta interpretare și aplicare a normelor amintite.

Având în vedere cele expuse, autoritatea de lucru interpretat are efecte și asupra dreptului procesual civil român și, pe cale de consecință, asupra procesului civil.

În primul rând, aceasta (autoritatea de lucru interpretat – s.n.) nu are ca obiect tranșarea unui „diferend juridic” între părți și nu este menită să soluționeze o cauză aflată pe rolul instanței; pe baza autorității de lucru interpretat se dorește, în schimb, soluționarea unui potențial conflict între norme de drept, cu privire la înțelesul acestora, ori a unor termeni cuprinși în cadrul acesteia. Spre deosebire de autoritatea de lucru judecat, care produce efecte *inter partes litigantes*, ea (autoritatea de lucru interpretat) „depășind cadrul relativității, își produce efectele în legătură cu mai multe subiecte de drept, chiar dacă respectivele subiecte nu au încă un interes imediat și direct”¹³. Astfel, un efect al autorității lucrului interpretat constă în scurtarea duratei unui proces, pornind de la premisa că un anumit aspect al dreptului european, odată interpretat, profită tuturor, direct sau indirect, căci nu trebuie procedat la reinterpretarea unei norme ce deja a fost interpretată, chiar dacă procesul a avut loc între alte subiecte de drept.

În al doilea rând, plecând de la cele arătate mai sus, autorității de lucru interpretat nu îi poate fi atașat un efect negativ, prin care să se tindă la respingerea acțiunii, pentru că interpretarea se referă la înțelesul și aplicarea normei într-o situație similară, și nu la găsirea unei soluții general valabile cu privire la faptele deduse judecății ce ar putea să apară în spețe ulterioare. Mai mult, autoritatea de lucru interpretat este o autoritate relativă și flexibilă, fiind susceptibilă de a evolua, instanțele suprastatale nefiind ținute de propriile lor hotărâri și fiind libere să revină asupra unei dispoziții interpretate.

În al treilea rând, deși autoritatea de lucru interpretat este o autoritate jurisdicțională, ea poate interveni și în alte situații decât cele care privesc soluționarea unui litigiu *stricto sensu*, dat fiind faptul că pe baza acestei se tinde, ca regulă, la formularea unui principiu, la conturarea unei direcții generale de dezvoltare pe calea interpretării unei norme de

¹¹ Deleanu, I., Deleanu, S., *op. cit.*, p. 11.

¹² Zimmermann, R., *op. cit.*, p. 976.

¹³ Marguénaud, J.-P., *L'influence de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques, Limoges, 2015, p. 10, disponibil pe <http://portail-bu.univ-artois.fr/>.

drept, fiind create și mecanismele necesare în acest sens. În acest context, se poate observa că autoritatea de lucru interpretat, pe baza efectului orizontal, este creatoare de drept, fără a fi însă normativă, căci, deși este obligatoriu a fi respectată cu privire la chestiunile de drept pe care le clarifică, aceasta nu are forță juridică executorie. Este de remarcat și că, din punct de vedere al modului în care funcționează autoritatea de lucru interpretat, aceasta are, de principiu, un efect orizontal, pe termen lung. Autoritatea de lucru interpretat nu este lipsită de efectul vertical, căci acesta este prezent atunci când există și un litigiu ce se dorește a fi soluționat, însă efectul orizontal, care constă în posibilitatea invocării interpretării respective cu o altă ocazie, autoritatea care a pronunțat-o fiind, de asemenea, competentă să facă apel la jurisprudența proprie anterioară, este efectul caracteristic autorității de lucru interpretat. Mai mult, dat fiind faptul că interpretările date unei anumite norme de drept european sunt publice, prin aducerea acestora la cunoștința justițiabililor, o procedură judiciară devine mai previzibilă.

În fine, autoritatea de lucru interpretat „are ca autor un organ de jurisdicție care are puterea de a decide, sub aspectul unei norme sau în cazul unui conflict între norme, în raport cu toate celelalte autorități de jurisdicție fără ca acestea să-i fie subordonate”¹⁴. Autoritatea de lucru interpretat este deci o „autoritate legală”, organele care fac această interpretare fiind abilitate în acest sens prin tratate semnate de către state și nefiind deci o autoritate asumată într-un mod discreționar.

Autoritatea de lucru interpretat este justificată și prin aceea că, în ceea ce privește CJUE trebuie asigurată transparența cu privire la interpretarea și aplicarea normelor suprastatale, dar și cu privire la modalitatea de desfășurare a activității acestor instituții jurisdicționale. Mai mult, pe baza interpretării este asigurată verificarea continuă a concordanței normelor suprastatale existente cu realitatea socială curentă, cu receptarea acestora de către statele-membre ori de către statele semnatare, instanțele numite putând chiar proceda la propria verificare și la reinterpretarea ori modificarea propriei viziuni asupra unui anumit concept, dacă acest lucru se impune. În plus, în acest fel verificarea utilității unei anumite norme este mult mai ușor de făcut.

În cazul existenței unor divergențe în jurisprudență la nivelul ÎCCJ a fost atrasă atenția statului român, fiind arătat faptul că acestea „constituie, prin natura lor, consecința inerentă a oricărui sistem judiciar care se bazează pe un ansamblu de instanțe de fond având competență în raza lor teritorială. Cu toate acestea, rolul unei instanțe supreme este tocmai să regleze aceste contradicții de jurisprudență”¹⁵. De asemenea, atunci când se face vorbire despre jurisprudența neunitară este avut în vedere și faptul că „ceea ce a scăpat atenției legiuitorului, acele aspecte legate indisolubil de dinamica vieții sociale și de progres, care adesea preced și anticipează modificarea unor acte normative, trebuie tranșate de judecător, pentru soluționarea problemelor litigioase”¹⁶. Recunoașterea necesității autorității lucrului interpretat este deci atât logică, cât și întemeiată pentru că „asigurarea caracterului unitar al practicii judecătorești este impusă și de principiul

¹⁴ Pauliat, H., Saint-James, V., *Les garanties de l'autorité interpretative*, Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques, Limoges, 2015, p. 34, disponibil pe <http://portail-bu.univ-artsos.fr/>.

¹⁵ CEDO, Hot. *Beian c. României* din 18 ianuarie 2006, par. 37, disponibilă pe <http://hudoc.echr.coe.int/>.

¹⁶ Uță, L., *Unele considerații privind ordinea de drept, elaborarea, interpretarea și aplicarea legii civile (II)*, Revista „Cogito”, Volumul III, nr. 4, decembrie 2011, p. 38, disponibil pe <http://cogito.ucdc.ro/arhiva.html>.

constituțional al egalității cetățenilor în fața legii și a autorităților publice, deci inclusiv a autorității judecătorești, deoarece acest principiu ar fi grav afectat dacă în aplicarea uneia și a aceleiași legi soluțiile instanțelor judecătorești ar fi diferite și chiar contradictorii”¹⁷. Un alt efect al recunoașterii autorității de lucru interpretat este efectul reglator, efect prin care este garantată o procedură corectă și conformă normelor de drept european.

În principiu, după cum a fost arătat în practică, Curtea de Justiție a Uniunii Europene răspunde tuturor întrebărilor adresate în vederea interpretării dreptului Uniunii Europene; cu toate acestea, nu există o obligație în acest sens cuprinsă într-un tratat, Curtea având competența de a decide dacă o acțiune în interpretare întrunește toate condițiile necesare spre a fi soluționată ori nu. Aceasta însă are „posibilitatea de a da un nou conținut întrebării (un nou sens), poate adăuga la forma sa inițială, poate oferi un răspuns complet sau parțial ori poate schimba obiectul acesteia”¹⁸, acest din urmă lucru putând apărea atunci când acțiunea este modificată dintr-o acțiune în interpretare într-o acțiune în validitate¹⁹.

Hotărârea pronunțată de către Curte atunci când se dorește interpretarea dreptului Uniunii Europene are autoritate de lucru judecat între părți și autoritate de lucru interpretat *erga omnes*; trebuie subliniat însă faptul că prin interpretare nu este în nicio situație rezolvat un litigiu *pendente*. Mai mult, o hotărâre dată în vederea interpretării normei de drept suprastatal trebuie dată fără opinii contrare, în măsura în care Regulamentul de procedură nu precizează această posibilitate. De altfel, apreciem că existența unei opinii contrare ar lipsi autoritatea de lucru interpretat de stabilitatea de care beneficiază în baza reglementărilor existente, stabilitate care este un element necesară pentru asigurarea unei practici judiciare unitare și a unei interpretări coerente.

Autoritatea de lucru interpretat are și efectul unei garanții procesuale. În domeniul dreptului Uniunii Europene, conceptul de garanție se referă la asigurarea respectării unui drept, în scopul în care el a fost prevăzut de legislația suprastatală; mai mult, pornindu-se de la premisa recunoașterii autorității de lucru interpretat a hotărârilor CJUE și a efectului orizontal al acestora, se poate observa faptul că s-a urmărit și confirmarea reală a drepturilor prevăzute de către tratate, și nu doar menținerea lor la nivelul existenței teoretice.

Având în vedere cele expuse, autoritatea de lucru interpretat constituie o garanție a numeroase aspecte care privesc actul de justiție și aplicarea normelor suprastatale, unele dintre ele fiind prevăzute în mod expres, iar altele putând fi deduse pe cale de interpretare ori din însăși scopul edictării lor. Un prim aspect ce trebuie menționat este acela potrivit căruia nu se poate ajunge la situații în care un cetățean al Uniunii Europene să aibă mai multe ori mai puține drepturi provenind din norme existente la nivel suprastatal pe baza unei interpretări echivoce, intervenite la nivel național. În acest sens, dându-se valoare recunoașterii autorității de lucru interpretat, este adus în plan real principiul egalității în

¹⁷ Curtea Constituțională, *decizia nr. 528 din 14 august 2007*, publicată în M. Of. nr. 554/2007, disponibilă pe www.ccr.ro.

¹⁸ Fuerea, A., *Dreptul Uniunii Europene. Principii, acțiuni, libertăți.*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 110.

¹⁹ Pe scurt, acțiunea în validitate este acea acțiune în cadrul căreia Curtea de Justiție se pronunță cu titlu preliminar cu privire la validitatea actelor cu caracter normativ adoptate de organele și instituțiile Uniunii Europene și în cadrul căreia verifică conformitatea acestora cu tratatele și regulamentele adoptate, putând fi comparată cu controlul *a priori* de constituționalitate din dreptul intern.

drepturi, iar participanților în cadrul procedurilor în fața unei instanțe le este asigurată o interpretare autentică, lipsită de un posibil viciu al echivocului. De menționat în acest sens este faptul că interpretarea neunitară poate rezulta și datorită traducerii Tratatelor Uniunii în diferite limbi, traduceri care nu surprind întotdeauna spiritul instituției de drept, ci doar litera.

O altă garanție rezultată în urma recunoașterii autorității de lucru interpretat este aceea a desfășurării procedurii judiciare într-un mod transparent, prin care este verificată corecta utilizare și înțelegere a normelor dreptului european de către CJUE, organism special abilitat în acest sens. În plus, prin instituirea mecanismului acțiunii preliminare, a fost creat un cadru în care normele dreptului european să fie corect utilizate și valorificate, în scopul în care ele au fost recunoscute.

După cum am mai arătat, *lato sensu*, acțiunile preliminare sunt instrumente procedurale pentru valorificarea drepturilor civile în cadrul Uniunii Europene; pe baza mecanismului acestei acțiuni nu se asigură doar liberul acces la justiție al justițiabililor, așa cum acesta este prevăzut de art. 21 al Constituției²⁰, ci este consacrat și un mijloc de comunicare directă între judecătorii aparținând instanțelor naționale și cei ai CJUE. Pe această cale, pornindu-se de la ideea de a avea o interpretare corectă cu privire la un anumit aspect, pe baza efectului hotărârii ce este pronunțată la încheierea procedurii și prin efectul autorității de lucru interpretat este garantată corecta utilizare și gestionare a resurselor justiției. De menționat este și faptul că „în ceea ce privește valoarea precedentului, Curtea de Justiție a afirmat că, în cazul în care aceeași problemă de drept a fost soluționată de Curtea de Justiție, instanța națională rămâne competentă, în termeni formali, să solicite o hotărâre preliminară; cererea nu va fi declarată inadmisibilă, dar Curtea va trimite instanța națională la hotărârea relevantă”²¹.

Trebuie de asemenea subliniat că prin efectul autorității de lucru interpretat este păstrată și garanția dreptului la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil, așa cum apare acesta în Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene; în plus, în acest mod aplicarea directă a normelor drepturilor europene atunci când acestea conțin prevederi mai favorabile persoanei este evidentă.

3. Concluzii

Recunoașterea autorității de lucru interpretat este unul dintre efectele importante ale adoptării unor norme de drept suprastatale, care reflectă cea mai simplă idee de la care pleacă Uniunea Europeană, anume aceea a unității în diversitate.

Mai mult decât atât, autoritatea de lucru interpretat cu care sunt investite hotărârile instanței europene creează un cadru de securitate la nivel unional, dat fiind faptul că soluțiile pronunțate atunci când o normă de drept european este invocată direct în fața unei instanțe naționale au un grad ridicat de previzibilitate, mai ales dacă norma invocată în cauză a fost deja interpretată și fiind recunoscut scopul general al acestora, anume

²⁰ Art. 21 – Accesul liber la justiție: „(1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime. (2) Nicio lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept. (3) Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil. (4) Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite”.

²¹ Gâlea I., *Tratatele Uniunii Europene. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 449.

valorificarea drepturilor persoanei într-un mod cât mai favorabil acesteia. Altfel spus, atunci când la nivelul Uniunii este pronunțată o hotărâre pentru interpretarea dreptului, „hotărârea devine precedent pentru orice instanță națională care se confruntă cu o situație similară celei pe care Curtea a interpretat-o la un moment dat, la solicitarea unei instanțe naționale”²².

Autoritatea de lucru interpretat reprezintă și o bună ilustrare a ceea ce înseamnă diversitatea statelor membre ale Uniunii Europene, căci aceasta are un efect atipic hotărârilor judecătorești din sistemul de drept romano-german, care nu constituie izvor de drept, fiind specifice dreptului anglo-saxon, în cadrul căruia jurisprudența este cel mai important izvor de drept. Ea își găsește însă rădăcinile conceptuale în dreptul pretorian, drept care a fost integrat în sistemul romano-german și a cărui valorificare nu a încetat nici astăzi, căci pare a fi din ce în ce mai util în a înțelege, a interpreta și a aplica ceea ce înseamnă norme juridice al căror scop general este asigurarea drepturilor unei comunități multinaționale.

²² Augustin, F., *Instanțele naționale și Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cadrul procedurii întrebărilor preliminare – acțiunea în interpretare* –, Pandectele Române nr. 6/2013, Ed. Wolters Kluwer, București, p. 55.

EVOLUȚIA REGLEMENTĂRII CU PRIVIRE LA EVOCAREA FONDULUI DE CĂTRE INSTANȚA DE APEL ÎN MATERIE CIVILĂ

Nicolae-Horia ȚIȚ*

Abstract:

Beginning with Law no. 59/1993, the Romanian legislator has looked for appropriate legal solutions in order to ensure parties rights, by regulating rules that ensure double jurisdiction in civil matters, on one side, and the celerity of proceedings in civil cases. The article analyses the evolution of this legislation, the decisions of the Supreme Court regarding these issues and comments the current legislation provided by the new Code of Civil Procedure.

Keywords: *appel, decision, citation, parts*

1. Introducere

Judecata în apel constituie un subiect supus unei analize intense și laborioase în literatura de specialitate. Legiuitorul a căutat în mod permanent să configureze regulile procedurale care să corespundă necesității asigurării garanției unui proces echitabil, prin accesul asigurat părților la o cale de atac devolutivă, prin intermediul căreia instanța de control judiciar să poată analiza atât legalitatea, cât și temeinicia soluția dată în primă instanță, soluție pe care să o poată reforma, în tot sau în parte. Configurată, în actuala reglementare, ca singura cale de atac cu caracter ordinar, apelul are caracteristici procesuale ce permit analize doctrinare diverse, legate de forma cererii, suspendarea executării hotărârii apelate, limitele judecării în apel etc. În mini-studiul de față ne propunem să analizăm o chestiune referitoare la soluțiile pe care le poate pronunța instanța de apel, mai exact posibilitatea evocării fondului de către instanța de apel ca urmare a admiterii apelului și anulării sentinței. Vom analiza, mai întâi, modul în care această chestiune a fost reglementată în legislația recentă, pentru ca apoi să facem câteva considerații cu privire la interpretarea dispozițiilor art. 480 alin. (3) C. pr. civ. actual. Demersul are în vedere opțiunea legiuitorului pentru soluții legislative diverse în ultimii aproape douăzeci și cinci de ani, mai exact, începând cu reinstituirea căii de atac a apelului, prin Legea nr. 59/1993 pentru modificarea Codului de procedură civilă, a Codului familiei, a Legii contenciosului administrativ nr. 29/1990 și a Legii nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi¹, centrate pe realizarea a două obiective de politică legislativă: asigurarea dublului grad de jurisdicție în materie civilă și asigurarea celerității procesului civil. Evoluția acestei reglementări a determinat, uneori, o practică judiciară inconstantă și apariția de controverse în literatura de specialitate, în anumite cazuri fiind necesară intervenția instanței supreme, prin mecanismul recursului în interesul legii.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, horia.tit@gmail.com.

¹ Publicată în M. Of. nr. 177 din 26 iulie 1993.

În a doua parte a mini-studiului, vom analiza reglementarea actuală, mai exact dispozițiile art. 480 alin. (3) C. pr. civ., având în vedere diferențele pe care reglementarea actuală le cuprinde față de cea anterioară.

2. Evoluția reglementării privind evocarea fondului de către instanța de apel, începând cu anul 1993 și până la intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă²

Așa cum am arătat, prin Legea nr. 59/1993 a fost reinstituit apelul, ca și cale de atac ordinară, devolutivă și suspensivă de executare. Cu privire la ipoteza în discuție, sediul materiei a fost stabilit la art. 297 alin. (1) C. pr. civ. 1865, care, în redactarea dată prin Legea nr. 59/1993 prevedea că „În cazul în care se constată că, în mod greșit, prima instanță a rezolvat procesul fără a intra în cercetarea fondului ori judecata s-a făcut în lipsa părții care nu a fost legal citată, instanța de apel va desființa hotărârea atacată și va trimite cauza spre rejudecare primei instanțe.” Cu alte cuvinte, legiuitorul a înțeles ca, la momentul respectiv, să dea prioritate principiului dublului grad de jurisdicție, având în vedere necesitatea realizării unui control judiciar efectiv cu privire la hotărârea prin care prima instanță a soluționat cauza pe fond. Rațiunea soluției legislative promovată de Legea nr. 59/1993 era, așadar, de a asigura părților posibilitatea exercitării apelului împotriva sentinței pe care prima instanță urma să o pronunțe în rejudecare, pentru ca acestea să nu fie private de un grad de jurisdicție³. Prin urmare, era exclusă posibilitatea evocării fondului de către instanța de apel.

Ipoteza reglementată de art. 297 alin. (1) C. pr. civ. 1865, în redactarea dată prin Legea nr. 59/1993, se referea la două situații: aceea a pronunțării unei sentințe fără ca prima instanță să fi intrat în cercetarea fondului (exemplul tipic dat în doctrină, în acest sens, fiind acela al dezinvestirii primei instanțe ca urmare a admiterii unei excepții dirimante, fie că ar fi fost vorba de o excepție de natură pur procedurală, formală, de exemplu în cazul anulării cererii de chemare în judecată ca netimbrată sau ca urmare a admiterii excepției lipsei calității de reprezentant), fie a unei neregularități privind citarea părții (redactarea art. 297 alin. (1) C. pr. civ. 1865, în forma adoptată prin Legea nr. 59/1993, născând anumite controverse, în special prin raportare la formularea diferită pe care legiuitorul a folosit-o la art. 312 alin. (2) C. pr. civ. 1865, în materia recursului⁴). Evocarea fondului de către instanța de apel nu era, așadar, posibilă, instanța fiind obligată să trimită cauza spre rejudecare primei instanțe în toate situațiile evocate mai sus, urmând

² Pentru o prezentare succintă a acestei evoluții, a se vedea Gabriel Boroi, Mirela Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a II-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 642, nota de subsol nr. 3; Viorel Mihai Ciobanu, Gabriel Boroi, Traian Cornel Briciu, *Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 363-364.

³ Daniel Ghiță, *Specificul hotărârii pronunțate în apel*, în *Revista de Științe Juridice*, nr. 1/2007, p. 38.

⁴ Astfel, la apel se menționa că instanța va pronunța soluția desființării hotărârii în cazul în care partea care a lipsit nu a fost legal citată, fără a se preciza cu exactitate momentul la care ar fi trebuit să intervină neregularitatea citării pentru a deveni incidentă soluția de desființare a sentinței, pe când la recurs se menționa în mod expres că intervine casarea cu trimitere în cazul în care „...judecata s-a făcut în lipsa părții care nu a fost regulat citată la administrarea probelor și la dezbaterile fondului” (art. 312 alin. (2) teza a II-a C. pr. civ. 1865). De asemenea, momentul în legătură cu care trebuia constatată în mod expres neregularitatea privind citarea era identificat în mod expres și în cazul primului motiv de contestație în anulare generală, potrivit art. 317 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ. 1865, respectiv „când procedura de chemare a părții, pentru ziua când s-a judecat pricina, nu a fost îndeplinită potrivit cu cerințele legii”.

ca aceasta să reia judecata asupra fondului și să pronunțate o sentință care să fie supusă din nou apelului. De asemenea, legea nu institua nicio limitare cu privire la trimiterea spre rejudecare, aceasta putând opera de mai multe ori în aceeași cauză, ceea ce determina și o prelungire a cursului judecătii, dosarul parcurgând mai multe cicluri procesuale dată fiind incidența separată a motivelor de desființare prevăzute de art. 297 alin. (1) C. pr. civ. 1865. Un alt motiv care conducea la prelungirea judecătii era și acela că hotărârea prin care instanța de apel admitea apelul, desființa sentința și trimitea cauza spre rejudecare primei instanțe era supusă recursului⁵, cu consecința că judecata asupra fondului continua în fața primei instanțe numai după epuizarea acestei căi de atac. În plus, trimiterea spre rejudecare ca efect al desființării sentinței nu putea opera decât la aceeași instanță, instanța de apel neavând la îndemână o situație de prorogare judecătorească de competență, așa cum era prevăzut în cazul casării cu trimitere ca soluție a instanței de recurs (art. 312 alin. (2) teza a treia C. pr. civ. 1865 prevedea, în acest sens, că trimiterea cauzei spre rejudecare, ca efect al casării, putea opera către aceeași instanță sau către o altă instanță de același grad)⁶, ceea ce putea conduce la apariția unor incidente referitoare la alcătuirea completului de judecată, inclusiv la formularea unor cereri de strămutare, părțile nemaiaivând încredere în imparțialitatea judecătorilor de la instanța care pronunțase sentința inițială.

Raportat și la aceste neajunsuri ale soluției legislative prevăzută de art. 297 alin. (1) C. pr. civ., în redactarea dată prin Legea nr. 59/1993, legiuitorul a intervenit și a modificat textul de lege prin O.U.G. nr. 138/2000, pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă⁷, dându-i următoarea redactare: „În cazul în care prima instanța s-a declarat incompetentă ori a respins sau a anulat cererea de chemare în judecată fără a intra în cercetarea fondului și instanța de apel, găsind apelul întemeiat, a anulat hotărârea apelată, va evoca fondul și va judeca procesul, pronunțând o hotărâre

⁵ Chestiunea a făcut obiectul unor controverse, care au fost, în final, înlăturate prin Decizia nr. 7/1998 a Curții Supreme de Justiție privind recursul în interesul legii, declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Curtea Supremă de Justiție, referitor la aplicarea dispozițiilor art. 299 C. pr. civ. privind hotărârile pronunțate în apel supuse recursului (publicată în M. Of. nr. 64 din 16 decembrie 1999), prin care s-a stabilit că „în aplicarea dispozițiilor art. 299 C. pr. civ., (...) deciziile date în apel, prin care se desființează sentințele pronunțate în primă instanță și se trimit cauzele spre rejudecare, sunt supuse recursului.” S-a reținut în motivarea acestei decizii că „În legătură cu hotărârile date în apel, este de observat că prin art. 299 C. pr. civ. nu se face distincție între cele prin care se rezolvă fondul pricinii și cele prin care, desființându-se sentințele pronunțate în primă instanță, cauzele sunt trimise spre rejudecare. Nu se poate considera că o decizie prin care instanța de apel trimite cauza spre rejudecare ar avea caracter intermediar și că deci nu ar rezolva procesul, atâta timp cât, printr-o atare hotărâre, această instanță se dezinvestește și procesul nu va mai fi reluat în fața ei decât, eventual, într-un nou apel. De altfel, prin desființarea sentinței pronunțate de prima instanță, instanța de apel soluționează cauza în sensul infirmării rezolvării date procesului de judecarea lui în fond, stabilind limitele în care aceasta să fie reluată. Prevederile de la art. 297 alin. (1) C. pr. civ. (...) nu i se poate da altă semnificație decât aceea că soluția pe care o pronunță această instanță într-un asemenea caz rezolvă cauza prin anularea unei judecări greșit făcute și deschide calea unei judecări în limitele și în condițiile prevăzute de lege. Or, o atare soluție de finalizare a unui ciclu procesual, chiar dacă determină reluarea judecătii cu privire la aceeași cauză, nu poate da caracter intermediar hotărârii care se pronunță, pentru că ea nu are ca efect continuarea judecătii începute, ca în cazul încheierilor premergătoare, prin care judecata s-a întrerupt ori i s-a suspendat cursul, ci determină reluarea judecătii inițiale cu toate consecințele inerente unei atare activități.” A se vedea Mona Maria Pivniceru, Horia Țiț, *Recursul în procesul civil. Practică Judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 23 și urm.

⁶ A se vedea Daniel Ghiță, *op. cit.*, pp. 38-39.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 479 din 2 octombrie 2000.

definitivă”. Soluția legislativă promovată de O.U.G. nr. 138/2000 corespunde, întrucâtva, celei promovate anterior anulului 1948, de vechiul art. 335 C. pr. civ.⁸ Abandonarea regulii dublului grad de jurisdicție în favoarea celerității judecătii în materie civilă conduce la reglementarea posibilității evocării fondului de către instanța de apel în două situații: fie că prima instanță nu a analizat fondul deoarece s-a declarat incompetentă (în epocă, soluția de declinare a competenței fiind supusă apelului, cel puțin ca regulă generală), fie că prima instanță a respins sau anulat cererea de chemare în judecată fără a intra în cercetarea fondului (situație care vizează, în special, cazurile în care dezinvestirea intervenea ca urmare a admiterii unei excepții dirimante, procedurală sau de fond). Judecata în fața instanței de apel avea loc, în aceste situații, în doi timpi: într-o primă etapă era analizată corectitudinea soluției dată de prima instanță, care, prin definiție, era o soluție dată unei excepții; în cea de-a doua etapă era analizată, ca efect al admiterii apelului și anulării sentinței, cererea de chemare în judecată, fiind pronunțată o hotărâre definitivă, adică supusă recursului.

Soluția legislativă propusă de legiuitor prin O.U.G. nr. 138/2000, deși, așa cum am arătat, valorifica o reglementare tradițională a soluționării apelului în cazul în care prima instanță se dezinvestește ca urmare a admiterii unei excepții declinatorii ori dirimante, s-a dovedit a fi prea drastică. Din dorința de a asigura o judecată rapidă, exista riscul ca părțile să fie lipsite de garanții procesuale necesare unui proces echitabil. Situația declinării de competență presupune o analiză sumară a elementelor cererii de chemare în judecată, pe baza căreia instanța se declară competentă sau își declină competența. Pierderea unui grad de jurisdicție în cea de-a doua situație era pe cât de nejustificată, pe atât de vătămătoare pentru părți, care se vedeau lipsite, în totalitate, de o cale de atac devolutivă. Acesta este și motivul pentru care, la scurt timp, textul cunoaște o nouă modificare, prin O.U.G. nr. 59/2001 privind modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 138/2000 pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă⁹ căpătând următoarea redactare: „În cazul în care prima instanță a respins sau a anulat cererea de chemare în judecată fără a intra în cercetarea fondului și instanța de apel, găsind apelul întemeiat, a anulat hotărârea apelată, va evoca fondul și va judeca procesul, pronunțând o hotărâre definitivă”.

Noua redactare a dat naștere unor controverse interpretative, legate în special de două subiecte: determinarea situațiilor în care era posibilă anularea sentinței, pornind de la redactarea art. 297 alin. (1) C. pr. civ. 1865, în redactarea dată prin O.U.G. nr. 59/2001, respectiv a cazurilor de respingere ori anulare a cererii de chemare în judecată fără a se intra în cercetarea fondului¹⁰; stabilirea regimului juridic al hotărârii de admitere a apelului și anulare a sentinței, în cazul în care evocarea fondului nu se făcea la același

⁸ Pentru detalii, a se vedea, Daniel Ghiță, *op. cit.*, p. 37.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 217 din 27 aprilie 2001.

¹⁰ A se vedea Ioan Leș, *Tratat de drept procesual civil*, Ed. ALL Beck, București, 2001, p. 567. Autorul identifică situațiile în care prima instanță a respins sau a anulat cererea de chemare în judecată fără a intra în cercetarea fondului prin raportare la neregularități de natură procedurală: anularea cererii de chemare în judecată ca netimbrată sau nesemnată de reclamant, respingerea cererii ca prescrisă, inadmisibilă, pentru existența puterii lucrului judecat ori pe baza altor excepții peremptorii. În acest context, autorul se declară adeptul terminologiei anterioare, respectiv de „rejudecare a procesului”, față de sintagma introdusă prin O.U.G. nr. 138/2000, aceea de „evocare a fondului”.

termen de judecată¹¹. Cu privire la cea de-a doua chestiune, s-au conturat două opinii: în prima, s-a susținut că hotărârea intermediară urmează a fi supusă recursului odată cu hotărârea prin care se evocă fondul¹²; în cea de-a doua, că decizia de admitere a apelului urmează a fi supusă separat recursului, evocarea fondului urmând a fi făcută după ce soluția de anulare a sentinței devine irevocabilă¹³.

În mod surprinzător, după aproape 5 ani de aplicare a soluției evocării fondului de către instanța de apel, legiuitorul revine la soluția legislativă anterioară și, prin Legea nr. 219/2005 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 138/2000 pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă, art. 297 alin. (1) capătă o redactare identică cu cea dată prin Legea nr. 59/1993: „În cazul în care se constată că, în mod greșit, prima instanță a rezolvat procesul fără a intra în cercetarea fondului ori judecata s-a făcut în lipsa părții care nu a fost legal citată, instanța de apel va desființa hotărârea atacată și va trimite cauza spre rejudecare primei instanțe”. Această revenire la reglementarea anterioară a readus în discuție criticile referitoare la prelungirea nejustificată a procesului, în special în lipsa unor dispoziții exprese care să prevadă obligativitatea hotărârii instanței de apel cu privire la dezlegarea chestiunilor de drept și a necesității administrării probelor pentru instanța de fond¹⁴.

Raportat și la aceste critici, legiuitorul a configurat o soluție legislativă intermediară, care să răspundă atât necesității asigurării unui dublu grad de jurisdicție, cât și soluționării cu celeritate a cauzelor civile. Astfel, prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor¹⁵, art. 297 alin. (1) C. pr. civ. 1865 capătă o nouă redactare, cu totul diferită de cele anterioare: „În cazul în care se constată că, în mod greșit, prima instanță a soluționat procesul fără a intra în judecata fondului ori judecata s-a făcut în lipsa părții care nu a fost legal citată, instanța de apel va anula hotărârea atacată și va judeca procesul, evocând fondul. Cu toate acestea, în cazul în care prima instanță a soluționat procesul fără a intra în judecata fondului, instanța de apel va anula hotărârea atacată și va trimite cauza spre rejudecare, o singură dată, primei instanțe sau altei instanțe egale în grad cu aceasta din aceeași circumscripție, dacă părțile au solicitat în mod expres luarea acestei măsuri prin cererea de apel ori prin întâmpinare. De asemenea, instanța de apel va anula hotărârea atacată și va trimite cauza spre rejudecare, o singură dată, primei instanțe sau altei instanțe egale în grad cu aceasta din aceeași circumscripție, în cazul în care judecata în primă instanță s-a făcut în lipsa părții care nu a fost legal citată, iar partea a solicitat în mod expres luarea acestei măsuri prin cererea de apel. Dezlegarea dată problemelor de drept de către

¹¹ Pentru detalii, a se vedea Nicolae-Horia Țiț, *Aspecte de ordin procedural privind evocarea fondului de către instanța de apel*, în *Analele Științifice ale Universității „Al. I. Cuza” Iași*, Tom LI, Științe Juridice, 2005, p. 151-155. Controversa a intervenit chiar între co-autori ai aceleiași lucrări: a se vedea Viorel Mihai Ciobanu, Gabriel Boroș, *Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă*, ed. a II-a, Ed. ALL Beck, București, 2003, p. 335, nota de subsol nr. 2.

¹² A se vedea Ioan Leș, *Codul de procedură civilă, comentariu pe articole*, ed. a II-a, Ed. ALL Beck, București, 2005, pp. 782-783 și practica acolo citată.

¹³ Mihaela Tăbărcă, *Codul de procedură civilă, comentat și adnotat cu legislație, jurisprudență și doctrină*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 337; Betinio Diamant, *Mecanismul de aplicare a prevederilor art. 297 alin. (1) din Codul de procedură civilă. Dacă instanța de apel pronunță una sau două hotărâri și exercitarea recursului*, în *Dreptul*, nr. 9/2003, pp. 12-13.

¹⁴ Daniel Ghiță, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 714 din 26 octombrie 2010.

instanța de apel, ca și necesitatea administrării unor probe sunt obligatorii pentru judecătoria fondului.”

Conform acestei reglementări, regula în cazul admiterii apelului și anulării sentinței pe motivul nesoluționării fondului de către prima instanță ori nelegalei citări a părții o constituie evocarea fondului de către instanța de apel. Legiuitorul a înțeles totuși să lase o marjă de apreciere părților cu privire la raportul dintre celeritate și asigurarea dublului grad de jurisdicție, dând posibilitatea acestora ca, o singură dată în cursul judecății, să solicite trimiterea cauzei spre rejudecare primei instanțe. În ipoteza nesoluționării fondului de către prima instanță, cererea de trimitere a cauzei spre rejudecare poate fi făcută atât de apelant, cât și de intimat, pe când în ipoteza nelegalei citări a părții, cererea poate fi făcută doar de apelant. De asemenea, a fost reglementată posibilitatea trimiterii cauzei spre rejudecare unei alte instanțe de grad egal cu cea care a pronunțat sentința în primul ciclu procesual, precum și caracterul obligatoriu al soluției dată de instanța de apel, cu privire la dezlegarea chestiunilor de drept și necesitatea administrării de probe¹⁶.

Noua reglementare nu a lămurit însă problema posibilității formulării recursului împotriva deciziei de admitere a apelului, respectiv dacă acesta urmează a fi formulat separat sau odată cu recursul împotriva hotărârii prin care, ulterior, se evocă fondul, în ipoteza în care admiterea apelului și evocarea fondului nu au loc la același termen de judecată. Chestiunea a fost tranșată prin Decizia nr. 33/2007 a Înaltei Curți de Casație și Justiție¹⁷, prin care a fost admis recursul în interesul legii declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și s-a stabilit că: „În aplicarea dispozițiilor art. 299 alin. (1) raportat la art. 297 alin. (2) teza finală din Codul de procedură civilă, (...) recursul declarat împotriva hotărârilor judecătorești pronunțate de instanțele de apel, prin care s-au anulat în tot sau în parte procedura urmată, precum și hotărârea apelată, cu reținerea cauzei spre judecare, cu excepția cazului în care instanța de apel a constatat propria sa competență, este inadmisibil. Aceste hotărâri pot fi atacate cu recurs numai odată cu deciziile pronunțate asupra fondului, după judecarea cauzelor în apel.”

Este adevărat că soluția este pronunțată în legătură cu ipoteza reglementată de art. 297 alin. (2) teza finală C. pr. civ. 1865, anume aceea în care prima instanță a soluționat cauza pe fond deși exista un motiv de nulitate, iar instanța de apel, admitând apelul și anulând sentința, reține cauza spre judecare. Din punct de vedere procedural, situația este însă similară celei reglementate de art. 297 alin. (1) C. pr. civ. 1865, în sensul în care instanța de apel pronunță două hotărâri: una prin care admite apelul și anulează sentința, și a doua prin care soluționează cauza. Prin urmare, raționamentul făcut de instanța supremă în legătură cu ipoteza prevăzută de art. 297 alin. (2) teza finală este perfect aplicabil și în cea reglementată de art. 297 alin. (1), așa încât și în cazul acestuia, decizia pronunțată de instanța de apel prin care se admite apelul și se anulează hotărârea primei instanțe nu va putea fi atacată cu recurs decât odată cu decizia prin care, ulterior, se evocă fondul¹⁸. Situația este diferită în cazul trimiterii cauzei spre rejudecare, la cererea

¹⁶ Pentru detalii, a se vedea Daniel Atasiei, Horia Țiț, *Mica Reformă în Justiție – Legea nr. 202/2010 comentată*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2011, pp. 80-87.

¹⁷ Publicată în M. Of. nr. 772 din 14 noiembrie 2007.

¹⁸ Motivarea dată de Înalta Curte de Casație și Justiție este, din acest punct de vedere, grăitoare: „...decizia de admitere a apelului, prin care se dispune anularea în tot sau în parte a hotărârii primei instanțe,

expresă a părților; în acest caz, hotărârea de admitere a apelului este supusă recursului, deoarece prin aceasta instanța de apel se dezinvestește, nemaiaivând un caracter intermediar.

3. Evocarea fondului de către instanța de apel în reglementarea noului Cod de procedură civilă

Noul Cod de procedură civilă a realizat, inter alia, o reformă a materiei căilor atac, fiind căutate soluțiile legislative apte să răspundă criticilor formulate în legătură cu reglementarea anterioară, să valorifice soluțiile jurisprudențiale și de doctrină și să preîntâmpine apariția unor noi controverse¹⁹. Sediul materiei cu privire la soluțiile pe care le poate pronunța instanța de apel în reglementarea actuală este art. 480 C. pr. civ. Alin. (3) al acestuia prevede o soluție legislativă asemănătoare, însă nu identică cu cea introdusă prin Legea nr. 202/2010: *„În cazul în care se constată că, în mod greșit, prima instanță a soluționat procesul fără a intra în judecata fondului ori judecata s-a făcut în lipsa părții care nu a fost legal citată, instanța de apel va anula hotărârea atacată și va judeca procesul, evocând fondul. Cu toate acestea, instanța de apel va anula hotărârea atacată și va trimite cauza spre rejudecare primei instanțe sau altei instanțe egale în grad cu aceasta din aceeași circumscripție, în cazul în care părțile au solicitat în mod expres luarea acestei măsuri prin cererea de apel ori prin întâmpinare; trimiterea spre rejudecare poate fi dispusă o singură dată în cursul procesului. Dezlegarea dată problemelor de drept de către instanța de apel, precum și necesitatea administrării unor probe sunt obligatorii pentru judecătorii fondului.”*

Legiuitorul a înțeles așadar să păstreze soluția legislativă promovată prin Legea nr. 202/2010, reglementând, ca regulă, soluția evocării fondului de către instanța de apel, în cazul în care prima instanță s-a dezinvestit fără a analiza cauza pe fond ori judecata a avut loc în condițiile în care apelantul nu a fost nici prezent, nici legal citat. În mod

cu reținerea procesului spre judecare, fixându-se termen în acest scop, nu poate fi decât o hotărâre cu caracter intermediar, având menirea de a pregăti soluționarea fondului cauzei.

Așa fiind, o atare hotărâre, nerezolvând prin ea însăși obiectul litigiului, impune incidența dispozițiilor art. 282 alin. (2) C. pr. civ., potrivit cărora „împotriva încheierilor premergătoare nu se poate face apel decât odată cu fondul, în afară de cazul când prin ele s-a întrerupt cursul judecării”, a căror rațiune constă tocmai în a nu se exercita de mai multe ori, succesiv, o anumită cale de atac într-o cauză aflată în același stadiu de rezolvare.

Or, câtă vreme cauza rămâne în curs de rezolvare după anularea în tot sau în parte a hotărârii primei instanțe, astfel că nu poate fi considerată soluționată definitiv decât după pronunțarea deciziei asupra fondului procesului, iar rațiunea pentru care s-a instituit principiul de a fi supuse căii extraordinare de atac a recursului numai hotărârile judecătorești definitive este tocmai necesitatea instituirii unui sistem de natură să asigure judecarea completă și într-un timp rezonabil a dosarelor, fără fragmentarea cursului judecării, se impune cu evidență ca o atare cale de atac să nu poată fi exercitată și împotriva deciziei de anulare în tot sau în parte a procedurii urmate și a hotărârii apelate, cu menținerea cauzei spre judecare.

De altfel, față de caracterul ei intermediar, decizia instanței de apel de anulare a hotărârii primei instanțe fără a se evoca fondul, cu reținerea cauzei spre judecare, nici nu are o existență autonomă, ci face parte din succesiunea de hotărâri ce survin în cursul rezolvării pricinii, astfel că atât timp cât nu a fost epuizată examinarea căii extraordinare (sic!) de atac a apelului, prin pronunțarea hotărârii definitive asupra fondului pricinii, o atare cale de atac nu se poate exercita și asupra hotărârii anterioare, care a declanșat procedura ulterioară de cercetare din nou a cauzei pe fond.”

¹⁹ Pe larg cu privire la reglementarea căilor de atac de reformare în noul Cod de procedură civilă, a se vedea Daniel Ghiță, *Reformarea căilor de atac de reformare în noul Cod de procedură civilă*, în Revista de Științe Juridice, nr. 1/2014, pp. 80-95.

exceptional, ca și în reglementarea anterioară, este posibilă trimiterea cauzei spre rejudecare, doar la cererea expresă a părților și numai o singură dată în cursul procesului. Spre deosebire de reglementarea anterioară, care dădea posibilitatea intimatului să solicite trimiterea cauzei spre rejudecare numai în cazul în care prima instanță soluționase procesul fără a intra în judecata fondului, în reglementarea actuală intimatul are această posibilitate atât în situația menționată, cât și în cea în care apelantul nu a fost legal citat în fața primei instanțe²⁰.

O primă problemă de interpretare a noii reglementări vizează identificarea situațiilor în care instanța de apel evocă fondul, ca urmare a admiterii apelului și anulării sentinței. Ca și în reglementarea anterioară, trebuie avute în vedere două categorii de situații: cele în care prima instanță a soluționat procesul fără a intra în judecata fondului și cele în care judecata cauzei în primă instanță a avut loc în lipsa părții, care nu a fost legal citată.

În legătură cu prima categorie de situații, în mod tradițional, așa cum am arătat și mai sus, ele au fost identificate cu cele în care prima instanță s-a dezinvestit ca urmare a admiterii unei excepții dirimante, respectiv cele care fac inutilă cercetarea în fond a cauzei (art. 248 alin. (1) C. pr. civ.). Trebuie avute în vedere doar acele excepții care ar conduce la respingerea ori anularea cererii de chemare în judecată, nu și acelea a căror admitere ar presupune că fondul cauzei nu poate fi analizat doar în parte, deoarece, în aceste situații, instanța ar avea în vedere, parțial, aspecte de fond. De asemenea, trebuie avută în vedere distincția, pe care o face și art. 248 alin. (1) C. pr. civ., între excepțiile de procedură propriu-zise și cele de fond; primele au, în general, într-o primă fază, un caracter dilatoriu, dobândind caracter peremptoriu doar dacă neregularitatea surprinsă nu este corectată în termenul acordat (spre exemplu, excepția lipsei dovezii calității de reprezentant, potrivit art. 82 alin. (1) C. pr. civ.); față de această caracteristică, apelantul ar putea invoca inclusiv faptul că, deși a remediat neregularitatea semnalată în fața primei instanțe, aceasta nu a ținut cont de actul procedural îndeplinit în acest sens; pe de altă parte, cele de fond, care antrenează discuția asupra condițiilor de exercitare a acțiunii civile, prin prisma analizei elementelor raportului juridic dedus judecății, sunt, în general iremediabile, drept pentru care apelul poate viza doar dezlegarea dată lor de prima instanță.

În ceea ce privește neregularitățile formale, în măsura în care acestea au condus la anularea cererii de chemare în judecată în procedura de regularizare (art. 200 alin. (4) C. pr. civ.), ele nu vor mai putea face obiectul apelului, partea având deschisă în acest sens calea specială a cererii de reexaminare (art. 200 alin. (5) C. pr. civ.). Cu alte cuvinte, din sfera de aplicare a art. 480 alin. (3) C. pr. civ. excludem situațiile în care prima instanță s-a dezinvestit prin anularea cererii de chemare în judecată în procedura de regularizare, încheierile date în aceste situații nefiind, prin definiție, supuse apelului. De asemenea, trebuie excluse din sfera de aplicare a art. 480 alin. (3) C. pr. civ. situațiile în care prima instanță și-a declinat competența, în aceste cazuri sentința nefiind supusă niciunei căi de atac (art. 132 alin. (3) C. pr. civ.), ori acelea în care cererea de chemare în judecată este respinsă ca inadmisibilă deoarece este de competența unui organ fără activitate

²⁰ Carmen Negrilă, *Comentariu la Art. 480 C. pr. civ.*, în Gabriel Boroș, Octavia Spineanu-Matei, Andreia Constanda, Carmen Negrilă, Veronica Dănilă, Delia Narcisa Theohari, Dumitru Marcel Gavriș, Flavius George Păncescu, Marius Eftimie, Mirela Stancu, *Noul Cod de procedură civilă, Comentariu pe articole*, Vol. II. Art. 456-1134, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 110.

jurisdicțională sau ca nefiind de competența instanțelor române, în aceste situații sentința fiind supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară (art. 132 alin. (4) C. pr. civ.). Nu în ultimul rând, nu poate intra sub incidența art. 480 alin. (3) C. pr. civ. situația în care instanța nu s-a pronunțat asupra unui capăt de cerere principal sau accesoriu ori asupra unei cereri conexe sau incidentale, deoarece în aceste situații partea are deschisă calea formulării unei cereri de completare a hotărârii (art. 444 alin. (1) C. pr. civ.), o asemenea neregularitate neputând fi invocată pe calea apelului (art. 445 C. pr. civ.)²¹.

Cu toate că formularea art. 480 alin. (3) C. pr. civ. ar conduce la concluzia că situațiile în care prima instanță a soluționat procesul fără a intra în cercetarea fondului ar trebui identificate cu cele în care aceasta s-a dezinvestit ca efect al admiterii unei excepții peremptorii, apreciem că soluția anulării sentinței și evocării fondului de către instanța de apel este incidentă și în acele situații în care deși, aparent, prima instanță a analizat fondul cauzei, în realitate judecata s-a făcut în afara cadrului procesual stabilit de părți sau cu încălcarea gravă a anumitor drepturi procesuale ale acestora. Spre exemplu, în situația în care instanța se pronunță asupra unui alt obiect decât cel al cererii de chemare în judecată cu care a fost investită²²; în cazul în care prima instanță a analizat pretenția dedusă judecătii prin prisma altor motive de fapt și de drept decât cele invocate de părți, motivarea referindu-se la o altă situație de fapt și la alte temeuri juridice decât cele cuprinse în cererea de chemare în judecată sau în întâmpinare, fără ca acestea să fi fost puse în dezbateră contradictorie a părților; în cazul în care prima instanță a respins cererea de chemare în judecată, fără a se pronunța asupra admisibilității probelor solicitate de părți și fără a administra vreo probă în afara înscrisurilor depuse de părți, deși acest lucru era necesar pentru stabilirea corectă a situației de fapt; în cazul în care motivarea hotărârii privește un alt raport juridic decât cel dedus judecătii în cauză. Prin urmare, instanța de apel, verificând incidența art. 480 alin. (3) C. pr. civ., nu se poate limita la acele situații în care prima instanță s-a dezinvestit ca urmare a admiterii unei excepții dirimante, ci va analiza soluția pronunțată și motivarea acesteia pentru a stabili dacă acestea corespund cadrului procesual, dacă s-a răspuns pretențiilor și apărărilor formulate de părți și dacă au fost respectate drepturile procesuale fundamentale ale acestora²³. Cu toate acestea, simplele lacune sau inadvertențe din cuprinsul motivării sentinței nu echivalează cu o necercetare a fondului, acestea putând fi suplinite sau remediate prin hotărârea instanței de apel²⁴. De asemenea, nu ar putea fi considerată o

²¹ Apreciem că în cazul în care partea invocă, pe calea apelului, nepronunțarea primei instanțe asupra unui capăt de cerere principal sau accesoriu ori asupra unei cereri conexe sau incidentale, instanța de apel va califica cererea ca fiind una de completare a hotărârii, în temeiul art. 22 alin. (4) și art. 152 C. pr. civ. și își va declina competența de soluționare a acesteia în favoarea instanței care a pronunțat hotărârea a cărei completare se cere.

²² Mihaela Tăbărcă, *Drept procesual civil, Vol. III – Căile de atac*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 120.

²³ În practica judiciară elaborată sub imperiul Codului de procedură civilă anterior s-a stabilit, spre exemplu că: „Împrejurarea că prima instanță a respins acțiunea în revendicare ca neîntemeiată, dar nu a comparat titlurile de proprietate ale părților, ci a reținut că reclamantele au deschisă calea unei acțiuni speciale, prevăzută de Legea nr. 112/1995, nu înseamnă că a cercetat fondul pricinii” (C. Ap. București, S. a IV-a civ., dec. nr. 3507/2000, în Mihaela Tăbărcă, Gheorghe Buta, *Codul de procedură civilă, comentat și adnotat cu legislație, jurisprudență și doctrină*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 819).

²⁴ C. Ap. București, S. a IV-a civ., dec. nr. 407/A/2000, în Viorel Mihai Ciobanu, Marian Nicolae, *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, Vol. I. – art. 1-526*, ed. a II-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 1335.

necercetare a fondului situația în care prima instanță s-a pronunțat asupra fondului, dar în temeiul unui probatoriu insuficient; în acest caz, instanța de apel va proceda, conform art. 479 alin. (2) C. pr. civ., la completarea probatoriului administrat în fața primei instanțe ori la administrarea de probe noi, propuse în condițiile art. 478 alin. (2) C. pr. civ., și, dacă este cazul, va schimba în tot sau în parte hotărârea apelată, în temeiul art. 480 alin. (2) C. pr. civ.²⁵

În legătură cu cea de-a doua situație, anume ipoteza judecății în lipsa părții care nu a fost legal citată, incidența acesteia trebuie raportată la dispozițiile art. 160 C. pr. civ., referitor la invocarea și înlăturarea neregularităților privind citarea. Astfel, apelantul va putea solicita anularea sentinței pe acest motiv numai în cazul în care aceasta a intervenit la termenul de judecată la care prima instanță a rămas în pronunțare ori procedura de citare a fost viciată la toate termenele de judecată precedente; dacă partea nu a fost legal citată la un termen în fața primei instanțe, însă la un termen ulterior a fost prezentă ori legal citată și nu a invocat lipsa de procedură de la termenul ori termenele anterioare, operează decăderea prevăzută de art. 160 alin. (2) C. pr. civ. (sintagma „orice neregularitate cu privire la citare...” având semnificația acestei sancțiuni procesuale), astfel încât motivul nu va mai putea fi invocat în apel. De asemenea, în cazul în care apelul nu este motivat (art. 476 alin. (2) C. pr. civ.), instanța de apel nu va putea să anuleze sentința pe motiv că una dintre părți nu a fost legal citată și nici prezentă la judecata cauzei în primă instanță, deoarece această neregularitate nu constituie un motiv de apel de ordine publică pe care instanța de control judiciar să îl poată invoca din oficiu (art. 479 alin. (1) teza a doua C. pr. civ.), având în vedere regimul juridic al invocării neregularităților cu privire la citare instituit de art. 160 alin. (3) C. pr. civ. Potrivit cu acesta, instanța poate invoca din oficiu neregularitățile privind citarea părților numai la termenul la care acestea s-au produs²⁶. Prin urmare, instanța de control judiciar nu va putea invoca o astfel de neregularitate din oficiu, neputând analiza acest motiv de nulitate decât în situația în care apelantul l-a invocat prin cererea de apel²⁷.

Prin excepție de la regula evocării fondului de către instanța de apel, instanța de apel va putea trimite cauze spre rejudecare primei instanțe sau unei instanțe de grad egal aflată în circumscripția sa numai la cererea expresă a părților. Trimiterea poate fi făcută o singură dată în cursul procesului, astfel încât, dacă în al doilea ciclu procesual părțile ar solicita în mod expres trimiterea spre rejudecare, instanța de apel va evoca fondul, indiferent dacă motivul pentru care este cerută trimiterea este diferit de cel pentru care această măsură a fost dispusă în primul ciclu procesual și indiferent dacă cererea a fost formulată anterior de cealaltă parte²⁸. Altfel spus, textul de lege nu poate fi interpretat în sensul că poate avea loc o trimitere pentru necercetarea fondului și una pentru nelegala citare a părții, la fel cum nu ar putea fi interpretat în sensul în care ar putea avea loc o trimitere la cererea uneia dintre părți și încă una la cererea celeilalte²⁹.

²⁵ Mihaela Tăbărcă, *op. cit.*, pp. 117-118, nota de subsol nr. 157.

²⁶ *Ibidem*, pp. 120-121.

²⁷ În acest sens, în mod corect s-a reținut în doctrină că „în cazul unui apel nemotivat, în contextul art. 476 alin. (2) C. pr. civ., nelegalitatea citării apelantului la judecarea cauzei în primă instanță este incompatibilă cu pronunțarea unei soluții de anulare a hotărârii apelate în temeiul art. 480 alin. (3) C. pr. civ., întrucât această neregularitate antrenează o nulitate relativă, ce nu poate fi analizată din oficiu, în absența unor critici” (Carmen Negrilă, *op. cit.*, p. 109).

²⁸ Gabriel Boroș, Mirela Stancu, *op. cit.*, p. 643.

²⁹ Carmen Negrilă, *op. cit.*, pp. 109-110.

Cererea de trimiterea a cauzei spre rejudecare poate fi formulată atât de apelant, prin cererea de apel, cât și de intimat, prin întâmpinare. Formularea textului de lege conduce la concluzia că depășirea termenului de apel, respectiv a termenului de formulare a întâmpinării atrage decăderea părților din dreptul de a mai solicita trimiterea cauzei spre rejudecare. Este suficient însă ca cel puțin una dintre părți să fi solicitat în mod expres, în termen, acest lucru, pentru ca instanța de apel să dispună trimiterea, nefiind necesar acordul părților în acest sens³⁰.

Așa cum am arătat și mai sus, spre deosebire de reglementarea anterioară, oricare dintre părți poate solicita trimiterea cauzei spre rejudecare, indiferent de motivul care ar conduce la această soluție³¹. Apreciem că soluția legislativă din Legea nr. 202/2010 era superioară celei prevăzute de noul Cod de procedură civilă din următoarele motive: conform art. 297 alin. (1) C. pr. civ. 1865, în varianta de redactare dată prin Legea nr. 202/2010, cererea de trimitere a cauzei spre rejudecare, în cazul în care apelantul nu a fost legal citat la judecata cauzei în fața primei instanțe putea fi făcută doar de acesta, nu și de intimat. Rațiunea acestei reglementări era dată, pe de o parte, de caracterul relativ al nulității care intervine ca urmare a nelegalei citări, numai partea care a suferit o vătămare putând aprecia asupra necesității reluării judecății; pe de altă parte, s-a avut în vedere prevenirea unui abuz de drept procesual, intimatul putând avea interes să prelungească judecata în cazul în care ar fi putut solicita trimiterea cauzei spre rejudecare, deși în ceea ce îl privește nu a survenit nicio vătămare. Această a doua rațiune a fost neglijată de legiuitor atunci când a fost redactat textul art. 480 alin. (3) din actualul Cod de procedură civilă. Astfel, formularea actuală, care dă posibilitatea intimatului să ceară trimiterea spre rejudecare a cauzei inclusiv în situația în care cealaltă parte nu a fost legal citată la judecata în fața primei instanțe poate conduce la apariția unei situații de abuz de drept procesual: ipoteza este aceea în care, deși invocă nelegala sa citare în fața primei instanțe, apelantul nu solicită trimiterea cauzei spre rejudecare, apreciind că evocarea fondului de către instanța de apel îi servește mai bine interesele procesuale, prin scurtarea duratei judecății și obținerea unei soluții executorii în cauză. Cu toate acestea, dacă intimatul solicită trimiterea cauzei spre rejudecare, instanța de apel va fi obligată să dispună în acest sens, ceea ce va conduce la prelungirea duratei judecății, deși partea care suferise vătămarea a apreciat ca nefiind necesară această măsură. Trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 160 alin. (3) C. pr. civ., care dau posibilitatea unei părți să invoce neregularitatea citării celeilalte părți doar la termenul la care aceasta s-a produs. Prin urmare, partea de bună credință ar trebui să invoce nelegala citare a celeilalte părți la termenul la care aceasta s-a produs, în scopul obținerii unei hotărâri care să nu poată fi ulterior anulată pe acest motiv. Dacă una dintre părți nu invocă, la termenul de judecată din fața primei instanțe, neregulata citare a celeilalte părți, deși are acest drept potrivit art. 160 alin. (3) C. pr. civ., ea nu ar mai trebui să aibă posibilitatea ca ulterior, în apel, să solicite trimiterea cauzei spre rejudecare; această posibilitate, conferită de art. 480 alin. (3) C. pr. civ., poate îndemna partea la o atitudine procesuală de rea credință: deși observă la termenul de judecată în fața primei instanțe că cealaltă parte nu este legal citată, nu invocă această neregularitate, în condițiile art. 160 alin. (3) C. pr. civ., știind că, chiar dacă se va formula apel pe acest motiv, va putea să obțină trimiterea cauzei spre

³⁰ Mihaela Tăbărcă, *op. cit.*, p. 123, nota de subsol nr. 160.

³¹ Carmen Negrilă, *op. cit.*, p. 110.

rejudecare, printr-o simplă solicitare în acest sens în cuprinsul întâmpinării. Prin urmare, reglementarea actuală ar putea conduce la apariția unor situații de abuz de drept procesual, spre deosebire de cea anterioară, care prevenea apariția acestora și corespundea mai bine regimului juridic al invocării neregularităților privind citarea.

Reglementarea actuală preia soluția legislativă anterioară referitoare la prorogarea judecătorească de competență în cazul trimiterii cauzei spre rejudecare, aceasta putând opera atât către instanța care inițial a soluționat cauza (a cărei hotărâre a fost anulată) sau către o altă instanță de grad egal din aceeași circumscripție. De asemenea, reglementarea actuală menține în mod expres caracterul obligatoriu al hotărârii de trimitere a cauzei spre rejudecare cu privire la dezlegarea chestiunilor de drept și obligativitatea administrării probelor de către prima instanță.

Cu privire la regimul juridic al hotărârilor pronunțate de instanța de apel în situațiile prevăzute de art. 480 alin. (3) C. pr. civ., art. 424 alin. (3) C. pr. civ. prevede că hotărârea pronunțată ca urmare a anulării în apel a hotărârii primei instanțe și reținerii cauzei spre judecare poartă denumirea de decizie³². Prin urmare, în ipoteza anulării sentinței și evocării fondului de către instanța de apel, se va pronunța o singură decizie, dacă cele două soluții sunt pronunțate la același termen, respectiv două decizii, în cazul în care evocarea fondului are loc ulterior³³. În această ultimă situație, apreciem că, raportat la raționamentul făcut de Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. 33/2007, decizia intermediară de admitere a apelului nu va putea fi atacată cu recurs decât odată cu decizia prin care instanța de apel se dezinvestește, după evocarea fondului. Chiar dacă acest raționament viza art. 297 alin. (2) C. pr. civ. anterior, în formularea dată prin Legea nr. 202/2010, problema de drept dezlegată rămâne aceeași, respectiv dacă o hotărâre intermediară de admitere a apelului poate fi atacată separat cu recurs sau doar odată cu hotărârea prin care instanța de apel se dezinvestește. Soluția dată are valoare de principiu, astfel încât, având în vedere și faptul că reglementarea actuală este similară celei anterioare, apreciem că ea trebuie aplicată în continuare.

Aceeași concluzie o putem formula și în legătură cu cealaltă situație, respectiv aceea în care, la cererea expresă a uneia dintre părți, instanța de apel dispune, prin decizie, trimiterea cauzei spre rejudecare primei instanțe sau unei instanțe de grad egal. Având în vedere și soluția dată de fosta Curte Supremă de Justiție prin Decizia nr. 7/1998 și rațiunile avute în vedere de aceasta³⁴, decizia instanței de apel este, și în acest caz, supusă recursului, rejudecarea cauzei pe fond în fața primei instanțe urmând a fi făcută numai după rămânerea definitivă a deciziei instanței de apel.

4. Concluzii

Problematica soluțiilor pronunțate de instanța de apel a parcurs o evoluție legislativă interesantă în ultimii douăzeci și cinci de ani. Legiuitorul a oscilat între soluții legislative care să garanteze părților accesul la două grade de jurisdicție, respectiv posibilitatea

³² Pentru un comentariu critic al acestei soluții legislative, a se vedea Ion Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013 pp. 233-234. Autorul consideră că „...ori de câte ori, urmare a anulării hotărârii atacate, dacă instanța de apel se și dezinvestește, hotărârea ei ar fi o decizie; dimpotrivă, dacă, urmare a anulării hotărârii atacate, instanța de apel nu se dezinvestește, rămânând să soluționeze fondul, hotărârea ei, intermediară, ar fi o încheiere interlocutorie”.

³³ Mihaela Tăbărcă, *op. cit.*, p. 121.

³⁴ Gabriel Boroș, Mirela Stancu, *op. cit.*, p. 643.

formulării unei căi devolutive de atac împotriva hotărârii de primă instanță, și cele care garantează o judecată cu celeritate în materie civilă, prin evocarea fondului de către instanța de apel. Reglementarea actuală, care preia în mare parte pe cea instituită prin Legea nr. 202/2010, prevede, ca regulă, evocarea fondului de către instanța de apel, cu posibilitatea părților de a solicita trimiterea cauzei spre rejudecare o singură dată în cursul procesului. Considerăm că varianta de reglementare din Legea nr. 202/2010 era superioară celei prevăzute de noul Cod de procedură civilă, deoarece dădea posibilitatea doar apelantului de a cere trimiterea cauzei spre rejudecare în cazul în care se invoca nelegala citare la judecata în fața primei instanțe; reglementarea actuală, dând această posibilitate și intimatului, poate conduce la apariția unor situații de abuz de drept procesual, respectiv la folosirea acestui drept nu în scopul garantării dublului grad de jurisdicție, ci al tergiversării judecății.

EVOLUȚIA LEGISLAȚIEI PRIVIND DOBÂNDA PENTRU OBLIGAȚIILE BĂNEȘTI

Nora Andreea DAGHIE*

Abstract:

Considered a social phenomenon, interest has given rise to divergent debates along history. In the Romanian private law, this institution is regulated in the Civil Code, which is supplemented, in principle, in a complementary manner, by: the Government Ordinance no. 13/2011 on the legal remunerative interest rate and legal penalty interest rate for financial obligations, and regulation of financial and fiscal measures in banking system and Law 72/2013 on measures to combat late payment of obligations in contracts concluded between professionals and between professionals and contracting authorities. The latter piece of legislation transposes the European Directive no. 2011/7/EU on combating late payment in commercial transactions and adds substantial changes in the legal status of interest. We remind as examples: the obligation to pay the conventional penalty interest at a level at least equal to the legal penalty interest; eliminating the possibility to condition penalty interest accrual on sending a notice of default to the debtor; eliminating the possibility for contracting parties to set the date when the interest starts accruing if this would delay the start of interest accrual.

The efficiency and clarity of legal rules, which are indispensable requirements for the rule of law, require reformation of the current regulation in order to approach uniformly the institution of interest, in terms of concept and terminology.

Keywords: *interest, legal status, dispersed regulation, inconsistent concept*

În general, dobânda reprezintă prețul banilor împrumutați, plasați ori datorati în virtutea unei convenții, a legii sau a unei hotărâri judecătorești¹.

În dicționarele de specialitate, dobânda este definită ca reprezentând „1. suma de bani stabilită în contractul de împrumut cu dobândă, pe care debitorul împrumutat o datorează creditorului împrumutător pentru folosința temporară a sumei de bani împrumutate; 2. suma de bani ce reprezintă daunele-interese moratorii pe care le datorează debitorul pentru repararea prejudiciului cauzat creditorului prin simpla întârziere în executarea obligației sale având ca obiect plata unei sume de bani”².

Din perspectivă istorică, cea dintâi reglementare în materia dobânzii legale privind neexecutarea obligațiilor bănești este aceea din Codul civil de la 1864, în cuprinsul art. 1088-1089, art. 1589 C. civ. 1864 stabilind o dobândă legală de 10%, care din anul 1882 a devenit 5% în materie civilă, respectiv 6% în materie comercială. Mai târziu, prin

* Conf. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice din cadrul Universității „Dunărea de Jos” Galați; e-mail: nora.daghie@ugal.ro

¹ Băcanu I., *Regimul juridic al dobânzii*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 15. Pentru o analiză detaliată a problematicii regimului juridic al dobânzii, a se vedea Dumitru M., *Regimul juridic al dobânzii moratorii*, Ed. Universul Juridic, București, 2010.

² Costin M.N., Costin C.M., *Dicționar de drept civil de la A la Z*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 331.

Legea din 19 mai 1925, rata dobânzii legale a fost stabilită la 4% peste scontul BNR în materie civilă, iar în materie comercială de 6% peste acest scont. Prin Legea contra cametei nr. 61 din 2 aprilie 1931, ca și prin Decretul-lege nr. 1700/1938 pentru stabilirea dobânzilor și înlăturarea cametei, dobânda legală anuală se stabilește la 1% în afaceri civile și 2% în afaceri comerciale, socotite peste scontul BNR, pentru dobânda convențională prevăzându-se un plafon de 4% peste taxa scontului BNR³.

În conformitate cu dispozițiile Decretului nr. 311/1954 pentru stabilirea dobânzii legale, în cazul în care, potrivit dispozițiilor legale sau prevederilor contractuale, o obligație este producătoare de dobânzi, fără să se arate cuantumul acestora, se va plăti dobânda legală, care se stabilește la 6%, iar dobânda convențională nu putea să depășească dobânda legală.

Obligația de a plăti o dobândă mai mare era nulă de drept și creditorul care pretindea o asemenea dobândă pierdea și dreptul la dobânda legală, deosebit de aplicarea sancțiunilor prevăzute de legea penală.

După anul 1989, având în vedere modificările economice apărute și inflația, în literatura de specialitate și practica judecătorească s-a apreciat că nivelul dobânzii legale reglementat prin dispozițiile Decretului nr. 311/1954 este căzut în desuetudine. Prin urmare, au început să fie folosite alte criterii pentru determinarea prețului folosinței unei sume de bani. Astfel, până la apariția O.G. nr. 9/2000, în practică au fost luate în considerare: nivelul mediu al dobânzilor practicate pe piața bancară pentru depozitele în lei ale persoanei fizice, respectiv taxa de scont a Băncii Naționale a României⁴.

Prin O.G. nr. 9/2000 privind nivelul dobânzii legale pentru obligațiile bănești, dobânda legală a fost stabilită în mod diferit în raporturile juridice civile, față de cele comerciale. Astfel, dobânda legală se stabilea, în materie comercială, la nivelul taxei de scont a Băncii Naționale a României, iar din anul 2002, potrivit Legii nr. 356/2002, la nivelul dobânzii de referință a Băncii Naționale a României. În toate celelalte cazuri dobânda legală se stabilea la nivelul taxei de scont/dobânzii de referință a Băncii Naționale a României, diminuat cu 20%.

În prezent, în dreptul privat român, există o reglementare dispersată, fragmentată și cu suprapuneri a instituției dobânzii⁵:

- reglementarea din noul Cod civil (Legea nr. 287/2009 republicată);
- reglementarea din O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar;
- reglementările cuprinse în Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante.

Noul Cod civil, în art. 1535-1536, reglementează daunele moratorii în cazul obligațiilor bănești și în cazul obligațiilor de a face, iar în art. 1489, dobânzile sumelor de bani.

Dreptul comun în materia obligațiilor bănești purtătoare de dobânzi este reprezentat de dispozițiile art. 1489 C. civ. și art. 1535 C. civ.

³ Dumitru M., *Regimul juridic al dobânzii legale*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 59.

⁴ Mateescu A.-M., *Dobânda legală pentru obligațiile bănești*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 5.

⁵ Veress E., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, pp. 170-171.

Potrivit dispozițiilor art. 1489 alin. (1) C. civ., dobânda este cea convenită de părți sau, în lipsă, cea stabilită de lege. În cel de-al doilea alineat al art. 1489 C. civ., legiuitorul admite de principiu anatocismul, prevăzând trei modalități de implementare: pe cale legală, prin clauze contractuale exprese sau printr-o hotărâre judecătorească („dobânzile scadente produc ele însele dobânzi numai atunci când legea sau contractul, în limitele permise de lege, o prevede ori, în lipsă, atunci când sunt cerute în instanță”). Așadar, în primele două modalități-sursă ale anatocismului, acesta se produce chiar de la scadență, pe când în ultimul caz, noile dobânzi curg la dobânzile scadente numai din momentul cererii de chemare în judecată⁶.

Art. 1535 alin. (1) C. civ. consacră dreptul creditorului la daune-interese moratorii – în quantumul convenit de părți sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege – pentru ipoteza neexecutării la scadență a unei obligații bănești.

Prejudiciul rezultând din întârzierea executării unei obligații bănești este supus unui regim juridic special, fiind calculat ca sumă forfetară corespunzând dobânzilor acumulate între data scadenței și momentul plății efective⁷.

Din dispozițiile art. 1535 C. civ. derivă următoarele reguli⁸:

– după scadența obligației bănești sunt datorate daune moratorii [art. 1535 alin. (1) C. civ.];

– dacă, înainte de scadență, debitorul datora dobânzi mai mari decât dobânda legală, daunele moratorii sunt datorate la nivelul aplicabil înainte de scadență [art. 1535 alin. (2) C. civ.];

– dacă părțile nu au stabilit daune moratorii convenționale superioare dobânzii legale, atunci dobânzile legale pot fi cumulate cu alte daune-interese în scopul reparării integrale a prejudiciului [art. 1535 alin. (3) C. civ.].

Astfel cum am arătat, pe lângă prevederile legale din Codul civil referitoare la quantumul legal al daunelor-interese în materie de obligații pecuniare, există și norme speciale în materie. Avem în vedere, în principal, Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligațiile bănești⁹. Acest act normativ stabilește, în esență, următoarele reguli suplimentare:

– evaluarea daunelor-interese în materie de obligații pecuniare trebuie să țină seama de clasificarea legală a acestora în **dobândă legală remuneratorie** [dobânda datorată de debitorul obligației de a da o sumă de bani la un anumit termen, calculată pentru perioada anterioară împlinirii termenului scadenței obligației – art. 1 alin. (2) din O.G. nr. 13/2011¹⁰] și **dobândă legală penalizatoare** [dobânda datorată de debitorul obligației

⁶ Zamșa C., în lucrarea colectivă *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Baias Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coordonatori), ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 1671.

⁷ Ghinoiu D.-A., în lucrarea colectivă *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Baias Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coordonatori), ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 1729.

⁸ Mateescu A.-M., *op. cit.*, p. 8.

⁹ Reglementări privind instituția dobânzii mai regăsim în Codul de procedură civilă (Legea nr. 134/2010, republicată) și în Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante.

¹⁰ În această situație, dobânda este un preț al împrumutului, un preț contractual, un fruct civil, similar prețului în materie de vânzare, chiriei în caz de locațiune etc., o denumire specifică a prețului, adaptat unui contract special (împrumutului de consumație cu titlu oneros). A se vedea E. Veress, *Contractul de fidejusiune*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 143.

bănești pentru neîndeplinirea obligației respective la scadență – art. 1 alin. (3) din O.G. nr. 13/2011¹¹];

– dobânda legală (dobânda aplicabilă în toate situațiile în care părțile nu au prevăzut cuantumul dobânzii) este stabilită de art. 3 din O.G. nr. 13/2011, astfel:

– **rata dobânzii legale remuneratorii** este egală cu nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României, care este rata dobânzii de politică monetară stabilită prin hotărâre a Consiliului de administrație al Băncii Naționale a României.

– **rata dobânzii legale penalizatoare** se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 4 puncte procentuale. În raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale¹².

– în raporturile juridice care nu decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ, în sensul art. 3 alin. (3) C. civ., rata dobânzii legale se stabilește potrivit celor două reguli prezentate mai sus, diminuat cu 20%.

– în raporturile juridice cu element de extraneitate, atunci când legea română este aplicabilă și când s-a stipulat plata în monedă străină, dobânda legală este de 6% pe an.

– părțile sunt libere să stabilească rata dobânzii pentru sumele datorate în baza contractului dintre ele [art. 1 alin. (1) din O.G. nr. 13/2011¹³], cu anumite limite¹⁴:

– în cazul obligațiilor pecuniare izvorâte din orice alte raporturi, altele decât cele legate de exploatarea unei întreprinderi în sensul art. 3 alin. (3) C. civ. (adică în raporturi civile, și nu comerciale), dobânda convențională nu poate depăși cu peste 50% dobânda legală – *per a contrario*, în materie comercială, nivelul dobânzii este nelimitat. În cazul nerespectării acestei limite, sancțiunea este drastică – ea presupune decăderea totală a creditorului din dreptul de a pretinde dobânzi, deci chiar și din dreptul de a pretinde dobânda legală (art. 5 din O.G. nr. 13/2011).

În acest mod este protejat debitorul, având în vedere faptul că nici dobânda fruct civil (remuneratorie), nici dobânda penalizatoare (clauză penală moratorie) nu pot depăși limitele maxime, impuse de legiuitor prin norme imperative. În cazul dobânzilor penalizatoare, faptic se interzic clauzele penale moratorii cămătărești, fiindcă posibilitatea evaluării convenționale a prejudiciului nu este îngăduită.

O astfel de limitare nu există în cazul raporturilor juridice care decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ. Între profesioniști dispozițiile O.G. nr.

¹¹ Pentru denumirea acestei forme a dobânzii, Codul civil folosește termeni precum „daune moratorii” sau „penalități”. Observăm însă că noțiunea de „daună moratorie” este mai cuprinzătoare întrucât acoperă și prejudiciile cauzate prin întârzierea executării în materia tuturor obligațiilor, nu doar în privința celor care au ca obiect îndatorirea de a da o sumă de bani.

¹² Această dispoziție legală a fost introdusă de art. 20 din Legea nr. 72/2013, publicată în M. Of. nr. 182 din 2 aprilie 2013. Potrivit art. 22 din Legea nr. 72/2013, termenul profesionist va avea sensul prevăzut la art. 2 pct. 2: „orice persoană fizică sau juridică care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ”.

¹³ Art. 1 alin. (1) din O.G. nr. 13/2011: „părțile sunt libere să stabilească, în convenții, rata dobânzii atât pentru restituirea unui împrumut al unei sume de bani, cât și pentru întârzierea la plata unei obligații bănești”. Acest text este în deplin acord cu dispozițiile art. 1169 C. civ. privind libertatea contractuală, potrivit căruia: „părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora”. Și art. 1489 C. civ. prevede că dobânda este cea convenită de părți sau, în lipsă, cea stabilită de lege.

¹⁴ Limite generale ale libertății contractuale regăsim și în cuprinsul dispozițiilor art. 1169 C. civ.: libertatea de a contracta se poate manifesta în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri. Aceste limitări se aplică și în materie de dobânzi.

13/2011 nu impun limite, libertatea contractuală se manifestă pe deplin, însă în armonie cu normele generale de drept civil, precum buna-credință, ordinea publică, cauza licită și morală etc., care se apreciază de la caz la caz¹⁵. Se poate astfel stabili validitatea unei dobânzi penalizatoare al cărei quantum final, solicitat de creditor, depășește de mai multe ori quantumul creanței de bază, dacă prejudiciul cauzat îl justifică. Aserțiunea finală este determinată de aplicabilitatea concomitentă, în cazul dobânzii penalizatoare, și a dispozițiilor art. 1541 C. civ., care reglementează posibilitatea reducerii quantumului clauzei penale vădit excesive față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului¹⁶.

– rata dobânzii convenționale trebuie stabilită prin act scris. În caz contrar, creditorul nu va avea dreptul decât la dobânda legală (art. 6 din O.G. nr. 13/2011);

– în principiu, este interzisă capitalizarea dobânzii sau anatocismul [art. 8 alin. (1) din O.G. nr. 13/2011]. Există însă și excepții: în ipoteza în care părțile au încheiat o convenție specială privind capitalizarea [care trebuie să fie încheiată numai după scadență și numai pentru dobânzi datorate de cel puțin un an – art. 8 alin. (2) din O.G. nr. 13/2011] și în cazul dobânzilor convenționale remuneratorii [care oricum se pot capitaliza fără restricții – art. 8 alin. (3) din O.G. nr. 13/2011];

– plata anticipată a dobânzilor remuneratorii este permisă numai în condițiile art. 7 din O.G. nr. 13/2011, adică pentru cel mult 6 luni și nu este supusă restituirii indiferent de fluctuațiile dobânzii legale survenite ulterior momentului plății.

De la regula stabilirii quantumului daunelor-interese moratorii la nivelul convenit de părți sau, în lipsă, la acela al dobânzii legale există două excepții:

– conform art. 1535 alin. (3) C. civ., „Dacă nu sunt datorate dobânzi moratorii mai mari decât dobânda legală, creditorul are dreptul, în afara dobânzii legale, la daune-interese pentru repararea integrală a prejudiciului suferit”. Așadar, dacă părțile au evaluat convențional quantumul daunelor-interese moratorii (de exemplu, printr-o clauză penală), dar acesta este mai mic decât nivelul dobânzii legale penalizatoare, creditorul este îndreptățit să pretindă daune-interese suplimentare pe lângă dobânda legală, dacă

¹⁵ Ca urmare a abrogării Legii nr. 469/2002 privind unele măsuri pentru întărirea disciplinei contractuale prin Legea nr. 246/2009, penalitățile de întârziere pot să depășească suma de bani datorată chiar și în lipsa unei stipulații contractuale exprese în acest sens. A se vedea Veress E., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, op. cit., p. 177.

¹⁶ Sub incidența dispozițiilor Codului civil de la 1864, într-o cauză soluționată irevocabil în anul 2006, s-a validat o penalitate de 6% pe zi de întârziere. Instanța de fond a concluzionat că o astfel de penalitate conduce la o certă disproporție între prejudiciul cauzat pentru neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor de plată de către reclamantă și reparația solicitată de pârâtă (penalitate de peste 1,9 miliarde lei pentru întârziere a unei plăți de 1,36 milioane lei), situație care nu poate fi acceptată întrucât dezechilibrul raportului comercial între părți este vădit, iar o convenție nu poate fi transformată printr-o clauză abuzivă într-un instrument de cămătărie. Clauzele penale cămătărești sunt interzise prin norma legală, astfel că obligația fără cauză sau fondată pe o cauză falsă sau ilicită, nu poate avea niciun efect. Clauza penală de 6% pe zi echivalează cu o dobândă enormă, de peste 15 ori obligația de plată. Înalta Curte de Casație și Justiție, însă, a considerat că este nejustificată critica reclamantei potrivit căreia clauza penală inclusă în contract, aceea de a plăti o penalitate de întârziere de 6% pe zi, este o clauză penală cu caracter abuziv, ilicit, care încalcă exigențele echității și bunelor moravuri. În materie comercială operează principiul executării cu bună-credință a contractelor și a libertății părților de a stabili în convenții rata dobânzii pentru întârzierea la plata unei obligații bănești, toate acestea fiind guvernate de dispozițiile art. 969 C. civ. 1864, în conformitate cu care convențiile legal făcute au putere de lege între părțile contractante. A se vedea ÎCCJ, S. com., dec. nr. 671/2006, în RDC nr. 12/2006, pp. 157-162.

poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârzierea în executarea obligației¹⁷. În concepția legiuitorului, dobânda legală reprezintă nivelul primar al despăgubirii la care creditorul are dreptul în cazul întârzierii în executarea obligațiilor bănești și pe care acesta o poate pretinde fără să fie necesar să facă dovada existenței vreunui prejudiciu¹⁸. Situația este însă diferită atunci când creditorul pretinde daune-interese suplimentare pentru întârzierea în executarea obligației pecuniare. În acest caz, în vederea reparării integrale a pagubei, creditorul trebuie să probeze prejudiciul suplimentar pretins a se fi produs prin neexecutarea la timp a datoriei asumate de către debitor (de exemplu, devalorizarea monedei de plată între momentul scadenței și cel al plății; cheltuielile suplimentare pe care creditorul trebuie să le efectueze pentru achiziționarea unui produs și care ar fi putut fi evitate dacă debitorul, conștient de destinația pe care creditorul urma să o alocе banilor, și-ar fi achitat datoria la termen)¹⁹. Pentru identitate de rațiune, art. 1535 alin. (3) C. civ. se aplică și atunci când părțile nu au evaluat convențional daunele-interese moratorii²⁰.

– potrivit art. 1535 alin. (2) C. civ., „Dacă, înainte de scadență, debitorul datora dobânzi mai mari decât dobânda legală, daunele moratorii sunt datorate la nivelul aplicabil înainte de scadență”. Premisa incidenței textului este ca părțile să fi convenit în cuprinsul contractului asupra dobânzii remuneratorii al cărei quantum trebuie să fie mai mare decât cel al dobânzii legale penalizatoare²¹. Rațiunea reglementării art. 1535 alin. (2) C. civ. se subsumează tendinței legiuitorului de a asigura creditorului o despăgubire cât mai apropiată de nivelul prejudiciului suferit prin neexecutarea la termen a obligației pecuniare. Între un quantum al daunelor-interese stabilit artificial la nivelul dobânzii legale și acela determinat prin raportare la o valoare superioară, mult mai apropiată de pierderea efectiv suferită de către creditor și care exprimă consensul părților asupra prețului folosinței banilor, legiuitorul a optat pentru cea din urmă formulă²².

Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante constituie o transpunere a Directivei europene nr. 2011/7/UE privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale (JO L 48 din 23 februarie 2011).

Directiva 2011/7/UE privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale cuprinde în preambul justificări precum:

În cadrul tranzacțiilor comerciale între operatori economici sau între operatori economici și autorități publice, numeroase plăți sunt efectuate mai târziu decât a fost

¹⁷ Textul nu își găsește aplicarea în raporturile dintre profesioniști și în cele dintre profesioniști și autoritățile contractante, în condițiile în care clauza prin care s-ar stabili o dobândă penalizatoare mai mică decât dobânda legală penalizatoare este considerată abuzivă [art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013] și sancționată cu nulitatea absolută [art. 15 alin. (1) din același act normativ].

¹⁸ Ghinoiu D.-A., *loc. cit.*, p. 1631.

¹⁹ Sub influența proiectelor de codificare la nivel internațional [art. 9.508 alin. (2) din Principiile dreptului european al contractelor; art. 7.4.9 alin. (3) din Principiile UNIDROIT], legiuitorul român a renunțat la monopolul de a fixa imuabil quantumul daunelor-interese moratorii. A se vedea Vidu S.I., *Câteva aspecte privind evaluarea legală a daunelor-interese moratorii*, în RRDJ nr. 5/2015, pp. 144-145.

²⁰ A se vedea, în acest sens Ghinoiu D.-A., *loc. cit.*, p. 1631.

²¹ În acest sens, a se vedea Boroi G., Stănciulescu L., *Instituții de drept civil în reglementarea Noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 197.

²² Vidu S.I., *loc. cit.*, p. 145.

stabilit în contract sau menționat în condițiile comerciale generale. Deși mărfurile sunt livrate sau serviciile sunt prestate, numeroase facturi corespunzătoare acestora sunt achitate mult după scadență. Astfel de întârzieri în efectuarea plăților afectează lichiditățile întreprinderilor și complică situația financiară a acestora. Acestea afectează, de asemenea, competitivitatea și rentabilitatea întreprinderilor, odată ce creditorul trebuie să obțină finanțări externe din cauza efectuării cu întârziere a plăților. Riscul apariției acestor efecte negative crește în mod considerabil în perioadele de încetinire a creșterii economice, când accesul la finanțare este mai dificil [pct. (3) din preambulul Directivei]

Întârzierea în efectuarea plăților constituie o încălcare a contractului care, în majoritatea statelor membre, a devenit atractivă din punct de vedere financiar pentru debitori, datorită dobânzilor mici sau inexistente aplicate pentru întârzierea în efectuarea plăților și/sau a procedurilor greoaie de acțiune. Pentru a inversa această tendință și pentru a descuraja întârzierile în efectuarea plăților, se impune o schimbare decisivă în direcția creării unei culturi a efectuării prompte a plăților, inclusiv aceea în care ar trebui să fie considerat, în toate situațiile, drept clauză sau practică contractuală inechitabilă orice caz de excludere a dreptului de a percepe dobânzi. Această schimbare ar trebui să includă, de asemenea, introducerea unor dispoziții specifice referitoare la termenele de plată și la despăgubirea creditorilor pentru cheltuielile suportate și, printre altele, dispoziții care să constate caracterul vădit inechitabil al excluderii dreptului la despăgubire pentru cheltuielile suportate în vederea recuperării fondurilor [pct. (12) din preambulul Directivei]

Dobânzile legale datorate ca urmare a întârzierii în efectuarea plăților sunt calculate pe zile, sub formă de dobânzi simple, în conformitate cu Regulamentul (CEE, Euratom) nr. 1182/71 al Consiliului din 3 iunie 1971 privind stabilirea regulilor care se aplică termenelor, datelor și expirării termenelor [pct. (15) din preambulul Directivei]

În cazul întârzierii în efectuarea plăților, prezenta directivă ar trebui să permită unui creditor să perceapă dobânzi pentru efectuarea cu întârziere a plăților fără a fi necesară o notificare prealabilă referitoare la neîndeplinirea obligațiilor contractuale sau o altă notificare similară care să reamintească debitorului obligația sa de a efectua plata [pct. (16) din preambulul Directivei]

Efectuarea plății de către debitor ar trebui să fie considerată întârziată, în scopul stabilirii dreptului de a percepe dobânzi pentru efectuarea cu întârziere a plăților, în cazul în care creditorul nu are la dispoziție suma datorată la scadență, cu condiția să-și fi îndeplinit obligațiile contractuale și legale [pct. (17) din preambulul Directivei]

Este necesară despăgubirea echitabilă a creditorilor pentru cheltuielile de recuperare în cazul efectuării cu întârziere a plăților, astfel încât să fie descurajată efectuarea cu întârziere a plăților. Cheltuielile de recuperare ar trebui să includă, de asemenea, recuperarea costurilor administrative și compensarea costurilor interne suportate din cauza efectuării cu întârziere a plăților, pentru care prezenta directivă ar trebui să stabilească o sumă fixă minimă care să poată fi cumulată cu dobânda pentru întârzierea efectuării plăților. Acordarea de despăgubiri sub forma unei sume fixe ar trebui să aibă drept scop limitarea costurilor administrative și interne legate de recuperare. Despăgubirile pentru cheltuielile de recuperare ar trebui să fie stabilite fără a aduce atingere dispozițiilor de drept intern conform cărora o instanță națională ar putea acorda

despăgubiri creditorului pentru orice prejudiciu suplimentar legat de efectuarea cu întârziere a plății de către debitor [pct. (19) din preambulul Directivei]

În general, autoritățile publice beneficiază de venituri mai sigure, mai previzibile și mai continue decât întreprinderile. În plus, multe autorități publice pot obține finanțare în condiții mai avantajoase decât întreprinderile. În același timp, în comparație cu întreprinderile, autoritățile publice depind mai puțin de edificarea unor relații comerciale stabile pentru a-și realiza obiectivele. Termenele de plată lungi și efectuarea cu întârziere a plăților de către autoritățile publice pentru bunuri și servicii generează costuri nejustificate pentru întreprinderi [pct. (23) din preambulul Directivei].

În expunerea de motive a Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante regăsim printre schimbările preconizate: stabilirea unor termene maximale de plată (contractuale și legale); reglementarea instituției „daunelor-interese suplimentare” – 40 euro – despăgubire minimă, la care creditorul are dreptul automat, din prima zi de întârziere la plată; prevederea unei liste neexhaustive de clauze abuzive și de criterii de determinare a clauzelor și practicilor abuzive.

În concret, Legea nr. 72/2013 creează un nou regim juridic al dobânzilor, aplicabil contractelor încheiate între profesioniști și celor încheiate între profesioniști și autorități contractante.

Astfel, Legea nr. 72/2013 stabilește termene de plată și de curgere a dobânzilor. Spre exemplificare, în cazul contractelor încheiate între profesioniști (art. 3-5 din Legea nr. 72/2013), dacă termenul de plată nu a fost prevăzut în contract, dobânda penalizatoare curge de la următoarele termene:

- după 30 de zile calendaristice de la data primirii de către debitor a facturii sau a oricărei alte asemenea cereri echivalente de plată;

- dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară primirii bunurilor sau prestării serviciilor, după 30 de zile calendaristice de la recepția mărfurilor sau prestarea serviciilor;

- dacă legea sau contractul stabilește o procedură de recepție ori de verificare, permițând certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar debitorul a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date, după 30 de zile calendaristice de la această dată.

Totodată, conform legii, în raporturile dintre profesioniști, termenul de plată nu poate fi mai mare de 60 de zile calendaristice. În mod excepțional, părțile pot stipula în contract un termen de plată mai mare, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă. Părțile pot conveni efectuarea plății în mod eșalonat, în acest caz, dobânzile penalizatoare și celelalte despăgubiri prevăzute de lege se calculează prin raportare la suma scadentă.

Prin dispozițiile art. 14 din Legea nr. 72/2013 sunt calificate ca abuzive clauzele contractuale care:

- exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare sau stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare;

- fixează o obligație de punere în întârziere pentru a opera curgerea dobânzilor;

- prevăd un termen mai mare de la care creanța produce dobânzi decât cel prevăzut de lege;

- fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut de lege;
- elimină posibilitatea plății de daune-interese suplimentare;
- stabilesc un termen pentru emiterea/primirea facturii.

În concluzie, în prezent, în dreptul privat român, dobânda sumelor de bani este reglementată fragmentar în mai multe acte normative succesive, care conturează un regim juridic lipsit de coerență, dezordonat, dificil de aplicat și respectat în practică. În consecință, este nevoie de o regândire unitară, omogenă a instituției dobânzii, o corelare adecvată, unitate terminologică și de concepție, mai ales ca urmare a obligației de transpunere a dispozițiilor Directivei 2011/7/UE privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale, care aduce modificări semnificative în ceea ce privește ansamblul reglementărilor în materia dobânzilor.

CÂTEVA CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA IMPACTUL ADERĂRII ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ ASUPRA SOCIETĂȚII (COMERCIALE) REGLEMENTATE DE LEGEA NR. 31/1990

*Dragoș DAGHIE**

Abstract:

Our regulation in the field of companies has faced and undergone numerous changes both in terms of ideology but especially in terms of circumstances. Without making an exhaustive and complete historical presentation of the evolution of company regulations in Romania, we mention only the provisions of the Commercial Code and of Law no. 31/1990 as the contemporary benchmarks with regard to the relevant provisions of the regulations on (commercial) companies with legal personality.

These two pieces of legislation have successively undergone changes as a result of the need to adjust them to the current social reality and then as a result of need to align them with the standards imposed by the Community law in the matter of companies.

On the other hand, simultaneously with Romania's accession to the European Union, adjustment of the domestic law to the OECD standards as regards the principles of corporate governance was also required, an adjustment achieved by the Law no. 441/2006 as well.

Thus, we can say that the current form of the framework regulation in the matter of companies is the result of the reform achieved in 2006 when joining the European Union, a legal framework that has undergone few changes, most of them also determined by European rules requiring correlation of our law.

Keywords: *company, reform, accession, company law, European Union, Romania*

Considerații introductive

Reglementarea noastră în materie societară a cunoscut și a parcurs nenumărate schimbări atât ideologice, dar mai ales conjuncturale. Fără a face o prezentare istorică exhaustivă și completă a evoluției reglementărilor societare în România¹, menționăm doar dispozițiile Codului comercial și ale Legii nr. 31/1990 ca fiind reperele contemporane în ceea ce privește sediul materiei reglementărilor societăților (comerciale) cu personalitate juridică.

Aceste două acte normative au cunoscut, succesiv modificări ca urmare a necesității de actualizare la realitățile sociale curente și apoi ca urmare a necesității alinerii lor la standardele impuse de acquis-ul comunitar în materia societăților comerciale.

* Lect. univ. dr., Universitatea „Dunărea de Jos” Galați, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Departamentul de Științe Juridice, dragos.daghie@ugal.ro.

¹ Pentru o prezentare amănunțită a evoluției reglementărilor în materia societăților, a se vedea St.D. Cărpănuș, *Tratat de drept comercial român*, ed. a V-a, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 119 și urm.

Pe de altă parte, concomitent cu aderarea României la Uniunea Europeană, s-a impus și adaptarea legislației naționale la standardele OECD² cu privire la principiile guvernării corporative, adaptare ce s-a realizat tot prin Legea nr. 441/2006.

Putem astfel afirma că forma actuală a reglementării cadru în materie de societăți reprezintă rezultatul reformei ce s-a realizat în anul 2006 cu ocazia aderării la UE, cadru legal care a suferit puține modificări, acestea fiind determinate, în majoritate, tot de norme europene ce a impus corelarea legislației noastre.

Astfel, în forma sa inițială, Codul comercial de la 1840 pomenea despre tovărășii care, astfel cum se înțelege, reprezintă precursorii societăților menționate în Codul comercial 1887 și în Legea nr. 31/1990.

În art. 17 și 18 C. com. 1840 se arată că tovărășia se naște în temeiul unui contract denumit contract de tovărășie care este reglementat de pravila civilă, de pravilele referitoare la negoț și după învoielile tovarășilor. De asemenea, se mai prevede faptul că există trei tipuri de tovărășii neguțătorești: în nume cuprindetoru, în comandită și anonimă.

Modificările aduse prin Codul comercial 1887 au fost substanțiale prin schimbarea denumirii din tovărășie în societate, dar și prin diversificarea felurilor de societăți. Art. 77 C. com. 1887 arată că există patru categorii de societăți comerciale: în nume colectiv (moștenitoarea tovărășiei în nume cuprindetoriu), în comandită simplă, în comandită pe acțiuni și pe acțiuni. Se observă schimbări terminologice (din cuprindetoriu în comandită, din anonimă în pe acțiuni), dar și introducerea unei noi forme de societate – în comandită pe acțiuni.

Legea nr. 31/1990 a realizat o actualizare a cadrului legislativ ce viza comerțul deoarece reglementările cuprinse în Codul comercial erau învechite și, odată cu trecerea la capitalismul de piață, se impunea forme, structuri și instituții noi care să reflecte necesitățile născute de noul regim. Astfel, în art. 2 din Legea nr. 31/1990 se prevedea că societățile comerciale se vor constitui în una dintre următoarele forme: societate în nume colectiv, societate în comandită simplă, societate în comandită pe acțiuni, societate pe acțiuni și societate cu răspundere limitată.

Se poate observa, odată cu Legea nr. 31/1990, introducerea societății comerciale pe acțiuni ca formă nouă prin care persoanele fizice și juridice se pot asocia pentru efectuarea actelor de comerț. Această nouă formă de societate a fost introdusă în legislația noastră ca efect al celei de-a Douăsprezecea Directivă a Consiliului³

² Organization for Economic Co-operation and Development – Organizația pentru Cooperare Economică și Dezvoltare. OECD a preluat prerogativele sale de la OEEC (Organisation for European Economic Co-operation), aceasta din urmă fiind înființată în anul 1947 pentru administrarea America și Canada sub planul Marshall pentru reconstrucția Europei după Cel de-al Doilea Război Mondial. Transferul de responsabilitate dintre OECD și OEEC s-a realizat în anul 1961 cu scopul de a ajuta țările membre să dezvolte o creștere economică și a forței de muncă în mod constant și să crească nivelul de viață bazată pe o siguranță financiară, totul pentru a contribui la dezvoltarea economiei mondiale.

³ Publicată în JO L 395, 30 decembrie 1989, p. 40, (n.n. – în prezent abrogată) modificată prin: Council Regulation (EC) No 941/2006 of 1 June 2006, JO L 363 137, 20 decembrie 2006; Actul de aderare a Austriei, a Suediei și a Finlandei; JO C 241 21, 29 august 1994; Actul Privind condițiile de aderare la Uniunea Europeană a Republicii Cehe, a Republicii Estonia, a Republicii Cipru, a Republicii Letonia, a Republicii Lituania, a Republicii Ungare, a Republicii Malta, a Republicii Polone, a Republicii Slovenia și a Republicii Slovace și adaptările tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană, JO L 236 33, 23 septembrie 2003.

(89/667/CEE), abrogată de Directiva 2009/102/CE din 16 septembrie 2009⁴ privind societățile cu răspundere limitată cu asociat unic⁵.

Inițial Directiva 89/667/CEE arăta în art. 7 faptul că un stat membru putea să nu permită constituirea de societăți cu asociat unic dacă exista în compensare în legislația sa o posibilitate alternativă ca un întreprinzător particular să poată înființa o formă de desfășurare a unei activități comerciale a cărei răspundere să fie limitată la o sumă destinată unei activități declarate. Aceste prevederi au fost păstrate și de Directiva 2009/102/CE care în art. 7 stipulează aceeași posibilitate de a interzice înființarea de societăți cu asociat unic dacă există o alternativă prin care un întreprinzător poate desfășura o activitate de natură comercială având o răspundere ce se limitează la patrimoniul destinat acesteia, introducându-se astfel și ideea de patrimoniu de afectățune, idee care exista în reglementarea noastră în O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale.

În ceea ce privește desfășurarea de activități comerciale individual, în legislația noastră post-decembristă a existat Decretul-Lege nr. 54/1990 privind organizarea și desfășurarea unor activități economice pe baza liberei inițiative, care prevedea posibilitatea persoanelor fizice ca în scopul satisfacerii în condiții mai bune a cerințelor de bunuri și servicii ale populației, folosirii eficiente a resurselor de materii prime și materiale, îndeosebi locale, precum și creșterii gradului de utilizare a forței de muncă, se poată înființa, prin libera inițiativă: întreprinderi mici cu un număr de cel mult 20 salariați; asociații cu scop lucrativ; asociații familiale; activități prestate de persoane fizice în mod independent.

Acest Decret-Lege a abrogat de Legea nr. 507/2002 privind organizarea și desfășurarea unor activități economice de către persoane fizice care reducea formele prin care se putea desfășura o activitate comercială la două: asociații familiale și în mod independent. În 2004 a intrat în vigoare Legea nr. 300 privind autorizarea persoanelor fizice și a asociațiilor familiale care desfășoară activități economice în mod independent care a abrogat Legea nr. 507/2002, păstrând însă mare parte din soluțiile legislative ale acesteia din urmă.

Reforma legislativă

Reforma legislativă din anul 2006, realizată prin Legea nr. 441, a avut două componente, astfel cum se afirma chiar din expunerea de motive: alinierea reglementărilor noastre la standardele impuse de aquis-ul comunitar în materie de societăți comerciale și adaptarea legislației românești la standardele OECD.

Justificarea acestor modificări de amploare în reglementarea societară a fost dată de acte normative comunitare cu impact în comerț, precum:

Prima Directivă a Consiliului⁶ (68/151/CEE) din 9 martie 1968 de coordonare, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, în înțelesul art. 58

⁴ Publicată în JO L 258, 1 octombrie 2009, p. 20, modificată prin Directiva 2013/24/UE a Consiliului din 13 mai 2013.

⁵ Pentru detalii a se vedea D. Șandru, *Societățile comerciale în Uniunea Europeană*, Ed. Universitară, București, 2006, p. 29 și urm.; D. Daghe, *Administrarea societății pe acțiuni*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 77.

al doilea paragraf din tratat, pentru protejarea intereselor asociațiilor sau terților a fost abrogată de Directiva 2009/101/CE 16 septembrie 2009⁷;

A Doua Directivă a Consiliului⁸ (77/91/CEE) din 13 decembrie 1976 de coordonare abrogată de Directiva 2012/30/UE din 25 octombrie 2012⁹, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, în înțelesul art. 54 al doilea paragraf din tratat, pentru protejarea intereselor asociațiilor sau terților, în ceea ce privește constituirea societăților pe acțiuni și menținerea și modificarea capitalului acestora;

A Treia Directivă a Consiliului¹⁰ (78/855/CEE) din 9 octombrie 1978, abrogată de Directiva 2011/35/UE din 5 aprilie 2011¹¹ privind fuziunile societăților pe acțiuni;

A Șasea Directivă a Consiliului¹² (82/891/CEE) din 17 decembrie 1982 în temeiul art. 54 alin. (3) lit. g) din tratat, privind divizarea societăților pe acțiuni;

⁶ Publicată în JO L 65, 14 martie 1968, p. 8. Textul acesteia a fost modificat succesiv prin: Directiva 2003/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 iulie 2003, JO L 221 13, 4 septembrie 2003; Directiva 2006/99/CE a Consiliului din 20 noiembrie 2006, JO L 363 137, 20 decembrie 2006; Actul de aderare a Danemarcei, a Irlandei și a Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, JO L 73 14, 27 martie 1972; Actul de aderare a Greciei, JO L 291 17, 19 noiembrie 1979; Actul de aderare a Spaniei și a Portugaliei, JO L 302 23, 15 noiembrie 1985; Actul de aderare a Austriei, a Suediei și a Finlandei, JO L 241 21, 29 august 1994; Actul privind condițiile de aderare la Uniunea Europeană a Republicii Cehe, a Republicii Estonia, a Republicii Cipru, a Republicii Letonia, a Republicii Lituania, a Republicii Ungare, a Republicii Malta, a Republicii Polone, a Republicii Slovenia și a Republicii Slovace și adaptările tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană, JO L 236 33, 23 septembrie 2003. Această directivă mai poartă denumirea și de directiva privind publicitatea și transparența – a se vedea și D. Șandru, op. cit., pp. 36 și urm.

⁷ Publicată în JO L 258, 1 octombrie 2009, p. 11. Textul acesteia a fost modificat succesiv prin: Directiva 2012/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iunie 2012 și Directiva 2013/24/UE a Consiliului din 13 mai 2013.

⁸ Publicată în JO L 26, 31 ianuarie 1977, p. 1. Textul Directivei a fost modificat prin: Directiva 92/101/CEE a Consiliului din 23 noiembrie 1992, JO L 347 64, 28 noiembrie 1992 (n.n. – în prezent abrogată); Directiva 2006/68/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 6 septembrie 2006, JO L 264 32, 25 septembrie 2006 (n.n. – în prezent abrogată); Directiva 2006/99/CE a Consiliului din 20 noiembrie 2006, JO L 363 137, 20 decembrie 2006; Actul de aderare a Greciei, JO L 291 17, 19 noiembrie 1979; Actul de aderare a Spaniei și a Portugaliei, JO L 302 23, 15 noiembrie 1985; Actul de aderare a Austriei, a Suediei și a Finlandei, JO C 241 21, 29 august 1994; Actul privind condițiile de aderare la Uniunea Europeană a Republicii Cehe, a Republicii Estonia, a Republicii Cipru, a Republicii Letonia, a Republicii Lituania, a Republicii Ungare, a Republicii Malta, a Republicii Polone, a Republicii Slovenia și a Republicii Slovace și adaptările tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană, JO L 236 33, 23 septembrie 2003.

⁹ Publicată în JO L 315, 14 noiembrie 2012. Textul Directivei a fost modificat prin: Directiva 2013/24/UE a Consiliului din 13 mai 2013 și Directiva 2014/59/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 mai 2014.

¹⁰ Publicată în JO L 295, 20 octombrie 1978 (n.n. – în prezent abrogată), p. 36 și modificată prin: Directiva 2006/99/CE a Consiliului din 20 noiembrie 2006, JO L 363 137, 20 decembrie 2006; Directiva 2007/63/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 noiembrie 2007; JO L 300 47, 7 noiembrie 2007; Actul de aderare a Greciei, JO L 291 17, 19 noiembrie 1979; Actul de aderare a Spaniei și a Portugaliei, JO L 302 23, 15 noiembrie 1985; Actul de aderare a Austriei, a Suediei și a Finlandei, JO C 241 21, 29 august 1994; Actul privind condițiile de aderare la Uniunea Europeană a Republicii Cehe, a Republicii Estonia, a Republicii Cipru, a Republicii Letonia, a Republicii Lituania, a Republicii Ungare, a Republicii Malta, a Republicii Polone, a Republicii Slovenia și a Republicii Slovace și adaptările tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană, JO L 236 33, 23 septembrie 2003.

¹¹ Publicată în JO L 110, 29 aprilie 2011. Textul acesteia a fost modificat succesiv prin: Directiva 2013/24/UE a Consiliului din 13 mai 2013 și Directiva 2014/59/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 mai 2014.

A Unsprezecea Directivă a Consiliului¹³ (89/666/CEE) din 21 decembrie 1989 privind publicitatea sucursalelor înființate într-un stat membru de anumite forme de societăți care intră sub incidența legislației unui alt stat;

A Douăsprezecea Directivă a Consiliului¹⁴ (89/667/CEE), abrogată de Directiva 2009/102/CE din 16 septembrie 2009¹⁵ privind societățile cu răspundere limitată cu asociat unic.

Prima componentă a schimbărilor a vizat mai multe aspecte ale Legii nr. 31/1990, precum: actul constitutiv (clauzele obligatorii); nulitatea societății (cauze care atrag nulitatea); formalitățile de publicitate (răspunderea pentru neîndeplinirea lor); arhiva electronică în materie societară; evaluarea aporturilor în natură; introducerea noțiunii de capital autorizat; dobândirea și subscrierea acțiunilor proprii; fuziunea și divizarea; instituția desprinderii; sucursalele.

Cea de-a doua componentă a reformei a avut în vedere următoarele chestiuni: consiliul de administrație (componentă, sisteme de administrare, funcțiile executive și neexecutive, independența administratorilor); consiliul de supraveghere; directoratul; protecția acționarilor (convocarea adunării generale, cvorumul, majoritatea, ordinea de zi, votul, informarea, plata dividendelor); auditorii financiari; răspunderea administratorilor, directorilor și a membrilor consiliului de supraveghere și directoratului.

Din cele enumerate, ce au făcut obiectul modificărilor legislative din cuprinsul celor două componente de intervenție ale Legii nr. 441/2006, rezultă fără echivoc amplitudinea schimbărilor ce au fost realizate în materia societăților (comerciale) reglementate de Legea nr. 31/1990.

Guvernarea corporativă

Firește că prezentul studiu nici nu și-a propus dezvoltarea și analizarea tuturor modificărilor legislative datorate aderării României la Uniunea Europeană și nici mijlocul prin care să se realizeze această analiză exhaustivă nu este cel potrivit. Cu toate acestea, voi încerca să analizez succint ceea ce apreciez a fi cea mai importantă schimbare – modul de administrare a societății pe acțiuni – guvernarea corporativă.

Așadar, una dintre modificările majore în materie societară a reprezentat-o introducerea sistemelor de administrare a societăților pe acțiuni – unitar și dualist¹⁶.

¹² Publicată în JO L 378, 31 decembrie 1982, p. 47 și modificată prin: Directiva 2007/63/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 noiembrie 2007, JO L 300 47, 17 noiembrie 2007; Directiva 2009/109/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 septembrie 2009; Directiva 2014/59/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 mai 2014.

¹³ Publicată în JO L 395/36, 30 decembrie 1989, p. 100 și modificată prin Directiva 2012/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iunie 2012.

¹⁴ Publicată în JO L 395, 30 decembrie 1989, p. 40, (n.n. – în prezent abrogată) modificată prin: Council Regulation (EC) No 941/2006 of 1 June 2006, JO L 363 137, 20 decembrie 2006; Actul de aderare a Austriei, a Suediei și a Finlandei; JO C 241 21, 29 august 1994; Actul Privind condițiile de aderare la Uniunea Europeană a Republicii Cehe, a Republicii Estonia, a Republicii Cipru, a Republicii Letonia, a Republicii Lituania, a Republicii Ungare, a Republicii Malta, a Republicii Polone, a Republicii Slovenia și a Republicii Slovace și adaptările tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană, JO L 236 33, 23 septembrie 2003.

¹⁵ Publicată în JO L 258, 1 octombrie 2009, p. 20, modificată prin Directiva 2013/24/UE a Consiliului din 13 mai 2013.

¹⁶ Potrivit unei opinii jurisprudențiale, „Reglementarea adunării generale a acționarilor se aplică drept lege generală pentru toate societățile comerciale”, ceea ce înseamnă că aceste modificări aduse legii

Astfel, potrivit art. 137 și art. din Legea nr. 31/1990, societatea pe acțiuni poate fi administrată de unul sau mai mulți administratori sau, prin actul constitutiv se poate stipula că societatea pe acțiuni este administrată de un directorat și de un consiliu de supraveghere¹⁷.

Astfel, s-au transpus în legislația noastră principiile guvernării corporative care reprezintă o modalitate prin care afacerile sunt conduse și controlate, concept ce își are sorginea în Codul Cadbury¹⁸.

Codul Cadbury prevedea o serie de principii și reguli de bază referitoare la structura, independența și responsabilitățile consiliului de administrație, controlul financiar intern și politica de remunerare a administratorilor, care tind la eficientizarea activității societății și la înlăturarea oricărei discriminări între acționari.

Ulterior Codului Cadbury, OECD, în anul 1999, prin Consiliul Miniștrilor țărilor membre, la data de 27-28 aprilie 1998, a elaborat Principiile OECD privind guvernarea corporativă, fiind adoptate în anul 1999 și dorindu-se a fi repere internaționale recunoscute atât în țările membre, dar și de alte state ca standarde obligatorii. În anul 2004, aceste principii au fost revizuite și îmbunătățite, avându-se în vedere necesitatea stabilității piețelor de capital și a creșterii economice și a investițiilor.

Principiile OECD au fost preluate de majoritatea țărilor, fiecare, pe baza acestora, construindu-și propriul cod de guvernare corporativă¹⁹. Bursa de Valori București a urmat aceste exemple și în anul 2008 a întocmit un Cod al Guvernării Corporative, având 41 de articole și care se aplica societăților comerciale listate la bursă.

Această legislație a sistemului de conducere bicefal al societății pe acțiuni a adus reguli și principii de protejare a acționarilor minoritari în deplină conformitate cu rigorile europene prin care se dorește separarea funcțiilor executive de cele neexecutive, necesitatea independenței în luarea deciziilor de afaceri, transparența activității societății pentru informarea corectă a investitorilor, dar și a acționarilor cu o participare mică la capitalul social.

Printre cele mai semnificative elemente de noutate introduse în dreptul societar românesc se numără: separarea funcțiilor executive de cele neexecutive și introducerea administratorului independent. Potrivit art. 138¹ din Legea nr. 31/1990, dacă într-o societate pe acțiuni are loc o delegare a atribuțiilor conducerii către directori, majoritatea membrilor consiliului de administrație trebuie să fie compusă din administratori

societăților cu privire la modul de administrare a societății pe acțiuni au impact asupra tuturor formelor de societate. Această opinie suportă nenumărate critici, astfel cum au fost deja formulate, critici la care ne raliem – Gh. Piperea, P. Piperea, *Aplicabilitatea regulilor privind societățile pe acțiuni la societățile cu răspundere limitată. De când? De lege ferenda*, <https://juridice.ro/essentials/854/aplicabilitatea-regulilor-privind-societatile-pe-actiuni-la-societatile-cu-raspundere-limitata-de-cand-de-lege-ferenda>.

¹⁷ Pentru detalii cu privire la guvernarea corporativă, a se vedea D. Daghie, *op. cit.*, p. 225 și urm.

¹⁸ Este vorba despre raportul Cadbury din 1 decembrie 1992 care prezenta aspectele financiare ale guvernării corporative. Pentru detalieri cu privire la Codul Cadbury a se vedea D. Daghie, *op. cit.*, p. 223 și urm.

¹⁹ Belgia – Code Buyse și Codul pentru Guvernare corporativă 2009; Bulgaria – Codul Național pentru Guvernare corporativă 2007; Franța – Recomandări pentru Guvernarea corporativă 2008; Germania – Codul german pentru Guvernare corporativă 2008; Italia – Codul Guvernării corporative 2002; Spania – Raportul privind grupului special referitoare la Guvernarea corporativă a Societăților comerciale listate la bursă 2006; SUA – Acordul directorilor corporațiilor privind Principiile întăririi Guvernării corporative a companiile statelor unite listate la bursă 2008 etc.

neexecutivi care nu vor desfășura decât un control asupra directorilor și nu vor avea sarcini de execuție²⁰.

La aceste dispoziții există o derogare, prevăzută de art. 152¹ din Legea nr. 31/1990, potrivit căreia microîntreprinderile și întreprinderile mici, în sensul art. 4 alin. (1) lit. a) și b) din Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, cu modificările și completările ulterioare, pot deroga de la prevederile art. 137 alin. (2), art. 138¹ alin. (1), art. 140² alin. (2) și ale art. 143 alin. (4).

O altă expresie a separării prevăzută de Legea nr. 31/1990 o regăsim în art. 143 alin. (4) unde se arată că în cazul societăților pe acțiuni a căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de auditare financiară, delegarea conducerii societății în conformitate cu alin. (1) este obligatorie, eliminându-se astfel orice posibilitate de opțiune a acționarilor.

Această delegare se face potrivit art. 143 alin. (1)-(3), consiliul de administrație putând delega conducerea societății unuia sau mai multor directori, numind pe unul dintre ei director general. Directorii pot fi numiți dintre administratori sau din afara consiliului de administrație. Dacă prin actul constitutiv sau printr-o hotărâre a adunării generale a acționarilor se prevede acest lucru, președintele consiliului de administrație al societății poate fi numit și director general.

În ceea ce privește administratorul independent statutul acestuia este reglementat de art. 138² din Legea nr. 31/1990.

Legea nu cuprinde o definiție a administratorul independent, ci se mulțumește să facă doar mențiuni cu privire la condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o persoană pentru a fi considerat independent. Așadar, la desemnarea administratorilor independenți acționarii vor avea în vedere criteriile: să nu fie director al societății sau al unei societăți controlate de către aceasta și să nu fi îndeplinit o astfel de funcție în ultimii 5 ani; să nu fi fost salariat al societății sau al unei societăți controlate de către aceasta ori să fi avut un astfel de raport de muncă în ultimii 5 ani; să nu primească sau să fi primit de la societate ori de la o societate controlată de aceasta o remunerație suplimentară sau alte avantaje, altele decât cele corespunzând calității sale de administrator neexecutiv; să nu fie acționar semnificativ al societății; să nu aibă sau să fi avut în ultimul an relații de afaceri cu societatea ori cu o societate controlată de aceasta, fie personal, fie ca asociat, acționar, administrator, director sau salariat al unei societăți care are astfel de relații cu societatea, dacă, prin caracterul lor substanțial, acestea sunt de natură a-i afecta obiectivitatea; să nu fie sau să fi fost în ultimii 3 ani auditor financiar ori asociat salariat al actualului auditor financiar al societății sau al unei societăți controlate de aceasta; să fie director într-o altă

²⁰ Conform alin. (5) al art. III din Legea nr. 441 din 27 noiembrie 2006, publicată în M. Of. nr. 955 din 28 noiembrie 2006, în termen de 9 luni de la data intrării în vigoare a prezentei legi, societățile pe acțiuni vor proceda la efectuarea formalităților necesare îndeplinirii obligațiilor prevăzute la art. 137 alin. (2), art. 138¹, art. 140¹ alin. (3) și art. 143 alin. (4) din Legea nr. 31/1990. Art. IV din O.U.G. nr. 82 din 28 iunie 2007, publicată în M. Of. nr. 446 din 29 iunie 2007 prevede: „Societățile pe acțiuni înregistrate în registrul comerțului la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență sunt obligate a efectua demersurile necesare îndeplinirii obligațiilor prevăzute la art. 137 alin. (1) și 2, art. 137¹ alin. (3), art. 138¹, art. 143 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată, cu modificările și completările ulterioare, inclusiv cele prevăzute în prezenta ordonanță de urgență, în termen de 6 luni de la intrarea în vigoare a acesteia. Până la finalizarea acestor demersuri, societatea poate funcționa cu structura de administrare existentă la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență”.

societate în care un director al societății este administrator neexecutiv; să nu fi fost administrator neexecutiv al societății mai mult de 3 mandate; să nu aibă relații de familie cu o persoană aflată în una dintre situațiile prevăzute la lit. a) și d)”.²¹

Un alt ecou al principiilor guvernării corporative în legislația noastră îl reprezintă art. 140² din Legea nr. 31/1990 care reglementează comitetele în cadrul consiliului de administrație, deoarece se impune condiția ca cel puțin un membru al fiecărui comitet creat în temeiul alin. (1) trebuie să fie administrator neexecutiv independent. Comitetul de audit și cel de remunerare sunt formate numai din administratori neexecutivi, ridicându-se astfel nivelul de severitate a condițiilor.

Modificarea adusă de Legea nr. 441/2006 legii societăților a creat, așa cum am arătat, sistemul de conducere al societății pe acțiuni prin posibilitatea de a alege între două sisteme: unitar și dualist. Dacă sistemul unitar are aceleași caracteristici cu sistemul anterior de administrare al societăților, sistemul dualist reprezintă delimitare efectivă a funcțiilor executive în societate, administrarea societății pe acțiuni realizându-se de către directorat sub supravegherea consiliului de supraveghere. Reglementarea acestui sistem dualist o regăsim în art. 153-153¹¹, dispoziții care se referă exclusiv la sistemul dualist, dar și în art. 153¹¹-155¹ unde sunt prevăzute dispoziții comune aplicabile sistemului unitar și dualist.

Pentru societățile pe acțiuni²¹ conducerea acestora se realizează prin intermediul a două sisteme: printr-un consiliu de administrație și directori ai societății (sistemul unitar) sau prin directorat și consiliul de supraveghere (sistemul dualist). Sistemul pe care îl va adopta societatea pe acțiuni trebuie determinat prin actul constitutiv, însă el poate fi schimbat și în cursul desfășurării activității prin modificarea corespunzătoare a actului constitutiv.

Sistemul unitar de conducere a societății pe acțiuni reprezintă o modalitate simplificată de administrare a societății, conducerea realizându-se la un singur nivel, respectiv prin consiliul de administrație. La rândul său, consiliul de administrație poate delega o parte din atribuțiile sale către directori, printre care se pot număra și administratorii din consiliu, urmând ca să fie păstrate doar îndatoriri de supraveghere a activității directorilor. Aparent, această modalitate mai elaborată de conducere a societății pe acțiuni din cadrul sistemului unitar se aseamănă cu sistemului dualist, prin această delimitare a consiliului de administrație de directori, însă delimitarea nu este una reală și efectivă deoarece directori pot fi numiți și membrii consiliului de supraveghere, deci nu există în realitate o conducere bicefală ca în cazul sistemului dualist.

În ceea ce privește sistemul dualist, conducerea societății se îndeplinește prin două nivele ce corespund celor două organe de guvernare administrativă. Pe de o parte directoratul va fi cel care va îndeplini conducerea executivă, iar consiliul de supraveghere va avea doar competențe de control și supraveghere. Cele două organisme societare sunt bine diferențiate, membrii acestora nu se confundă și nu pot îndeplini funcții în ambele structuri. Ceea ce trebuie subliniat în ceea ce privește sistemul dualist o reprezintă separarea clară a celor două sarcini, de administrare efectivă și cea de control și supraveghere, realizându-se în acest fel o implementare clară a principiilor guvernării

²¹ Astfel cum am arătat (a se vedea nota de subsol nr. 16), potrivit unei opinii jurisprudențiale la care nu ne raliem, reglementarea adunării generale a acționarilor se aplică drept lege generală pentru toate societățile.

corporative, îmbunătățirea eficienței activității societății și creșterea economică printr-o activitate executivă performantă asigurată de un control efectiv și obiectiv.

De asemenea, au mai fost introduse nenumărate alte instituții noi, dintre care evidențiez doar capitalul autorizat, reglementat de 220¹ din Legea nr. 31/1990 potrivit căruia consiliul de administrație, respectiv directoratul, poate fi autorizat ca, într-o anumită perioadă, ce nu poate depăși 5 ani de la data înmatriculării societății, să majoreze capitalul social subscris până la o valoare nominală determinată, prin emiterea de noi acțiuni în schimbul aporturilor. Această valoare nominală a capitalului autorizat nu poate depăși jumătate din capitalul social subscris, existent în momentul autorizării.

Modificările aduse prin Legea nr. 441/2006 sunt mult mai numeroase însă nu ne-am propus prin prezentul studiu să le examinăm pe fiecare în parte, aceasta putând face obiectul unui studiu mult mai cuprinzător. Scopul prezentului demers este de a identifica și prezenta modificări ale legislației interne datorate, influențate de cadrul legislativ european și de aderarea României la Uniunea Europeană, ce se pot constitui în adevărați factori de configurare ai dreptului românesc.

Concluzii

Noutățile aduse au fost unele de sorginte anglo-saxonă (guvernarea corporativă, capitalul autorizat) sau de origine romano-germanică, toate având în principal țința îndreptată către societățile pe acțiuni. Cu toate acestea, ponderea societăților pe acțiuni este redusă în plaja societăților din România, astfel că în perioada decembrie 1990 - mai 2016, potrivit datelor furnizate de ONRC, numărul total de înmatriculări în registru a fost de 2.736.209. Din acest număr de înmatriculări, 1.808.932 de operațiuni de înmatriculare au fost pentru societăți. Din totalul numărului de înmatriculări pentru societăți, 32.700 înregistrări au fost efectuate pentru societățile în nume colectiv, 1.644 de înregistrări a unor societăți în comandită simplă, 1.739.631 de operațiuni de înmatriculare a unor societăți cu răspundere limitată și 34.957 de operațiuni de înregistrare a unor societăți pe acțiuni²².

De altfel, cele mai multe societăți pe acțiuni care au adoptat sistemul de administrare dualist, specific guvernării corporative, au fost obligate de lege fie datorită obiectului de activitate (bancar, asigurări) fie datorită cifrei de afaceri ce impune un astfel de sistem. Fără a emite concluzii definitive, apreciez că multe dintre reformele legislative impuse de aderarea României la Uniunea Europeană, deși corecte și necesare, nu s-au raportat la nivelul de dezvoltare socială fiind, cu precădere, temerare și neaplicate nevoilor mediului de afaceri.

²² Pentru detalii, a se vedea D. Daghie, *op. cit.*, p. 25 și urm.

MODALITATEA ÎN CARE PREVEDERILE EUROPENE ÎN MATERIA DREPTULUI CONSUMULUI SUNT TRANSPUSE ÎN JURISPRUDENȚA ROMÂNĂ

*Ioana Veronica VARGA**

Abstract:

A recent decision of the Supreme Court is trying to establish a uniform judicial interpretation in a very prolific area, that of unfair contractual terms. The analysis of its grounds allows an assessment of the degree of assimilation and transposition of European legislation both in law and in national case law.

Keywords: *Right consumption, consumer, unfair terms, preliminary question*

Aspecte generale

O reală ramificare legală și jurisprudențială a putut fi observată ulterior momentului aderării țării noastre la Uniunea Europeană. Chiar dacă și până la acel moment influențele și incidențele prevederilor europene, fie ele unionale sau de drept comparat, puteau fi identificate răzleț, după anul 2007, sub imperiul constrângerilor alinierii la normele europene, atenția acordată acestor reglementări a crescut considerabil.

În unele domenii, receptarea dispozițiilor europene în legislație a fost dublată de apelul efectuat la interpretările Curții de Justiție a Uniunii Europene, prin intermediul mecanismului întrebării preliminare. Aceasta a constituit, fără îndoială, un plus pentru jurisprudența din țara noastră, dat fiind că nu întotdeauna prevederile legale au dobândit claritatea necesară unei aplicări corespunzătoare.

Unul dintre aceste domenii este cel al dreptului consumului și, în mod special al clauzelor abuzive incluse de către profesioniști în contractele încheiate în această calitate.

Prevederile europene și modul în care au fost receptate în dreptul intern

În legislația unională, încă începând din anul 1993¹ s-a putut observa o continuă preocupare în vederea atingerii unei reglementări uniforme în domeniul dreptului consumului. Tendința este de înțeles dacă avem în vedere politicile unionale și internaționalizarea rapidă a raporturilor juridice. Directiva 1993/13/CEE a constituit mult timp și încă poate fi considerată pilonul cadrului principal de reglementare în privința clauzelor abuzive. Ulterior acestui moment, reglementările europene s-au axat pe aspecte mai practice și mai des aduse în discuție în domeniul dreptului consumului, cum sunt contractele de credit. În sensul celor de mai sus, remarcăm începând cu anul 2008 Directiva 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatori și de abrogare a Directivei 87/102/CEE a Consiliului sau Directiva 2009/22/CE privind acțiunile în încetare în ceea ce privește protecția intereselor consumatorilor. În anul 2014 a fost adoptată Directiva 17/2014 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru

* Asistent univ. dr., Universitatea Babeș-Bolyai – Facultatea de Drept; e-mail: ioana.varga@musat.ro.

¹ Prin Directiva 1993/13/CEE.

bunuri imobile rezidențiale și de modificare a Directivelor 2008/48 și 2013/36/UE și a Regulamentului UE nr. 1093/2010.

Toate aceste reglementări au fost preluate și în dreptul intern, Directiva 1993/13/CEE fiind transpusă prin Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori. Preluarea a fost perfectată prin diverse modificări, ultima dintre acestea fiind adusă prin Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, care a reglementat posibilitatea formulării așa-numitor acțiuni colective în încetare, aplicabilă începând cu data de 1 octombrie 2013. Directiva 2008/48/CE a fost transpusă prin O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori.

Se încearcă, astfel, realizarea unei ramificări necesare și a unei reglementări corespunzătoare atât prin principiile transpuse, cât și prin protecția evidentă indusă într-un domeniu foarte volatil și greu de controlat cum este cel al protecției consumatorilor, cu aplicație specială în materia contractelor de credit.

În ciuda reglementării existente la nivel european, statele componente au întâmpinat suficiente probleme jurisprudențiale, ceea ce s-a reflectat în mod corespunzător la nivelul jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, aceasta pronunțându-se asupra mai multor probleme ridicate de instanțele naționale prin intermediul mecanismului întrebării preliminare. Una dintre hotărârile cele mai relevante ale ultimilor ani, având reverberații importante în dreptul nostru intern a fost Hotărârea din 30 aprilie 2014, pronunțată în cauza *Kasler c. OTP Ungaria*².

Din punct de vedere legal, într-o măsură mai mult sau mai puțin suficientă, cu reveniri dese, în țara noastră au fost preluate prevederile unionale, fiind receptate jurisprudențial atât normele, cât și interpretările oferite de către Curte. Aceasta cu precădere pe fondul bogatei jurisprudențe care a luat naștere în România ca urmare a nenumăratelor cauze inițiate de consumatori având ca obiect clauzele contractelor de credit încheiate de către aceștia cu diverse societăți bancare.

Jurisprudența internă în materia clauzelor abuzive inserate în contractele de consum

Soluțiile jurisprudențiale oferite au fost suficient de diferite de la caz la caz³. Acestea au culminat cu decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 608/2016 pronunțată în dosarul nr. 61347/3/2010*⁴.

În cauza care a dat posibilitatea instanței supreme să aprecieze acțiunea „colectivă” a consumatorilor în domeniul clauzelor identificate în contractele de credit de consum reclamanții au solicitat instanței, în contradictoriu cu pârâta, societate care activează în domeniul bancar, să constate caracterul abuziv al clauzelor contractuale indicate în acțiune, referitoare la cuantumul dobânzii, comisionul de acordare a creditului, comisionul de administrare a creditului, comisionul de urmărire riscuri, ca de altfel și

² Pe larg, a se vedea Avram M., *Clauzele abuzive în contractele de credit – o temă incandescentă în dreptul național și în cel european*, www.juridice.ro.

³ Pentru o analiză jurisprudențială, a se vedea Bogdan Țene, *Clauze abuzive în contractele de credit, așa cum rezultă din practica judiciară*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 3/2016.

⁴ Pentru o analiză pe larg a conținutului hotărârii, a se vedea Varga I.V., *Clauze abuzive. Condiții legale de calificare ca abuzive. Contract de credit bancar. Contract de consum. Contract de adeziune. Sarcina probei*, în *Revista Română de Jurisprudență* nr. 5/2016, p. 27 și urm.

clauza care permite băncii declararea scadenței anticipate a creditului dacă valoarea garanțiilor constituite de consumator scade sub valoarea creditului rămas de plată.

Analizând solicitările reclamanților, Înalta Curte de Casație și Justiție a concluzionat, în primul rând că *„este inadmisibil să se obțină, prin intermediul unei hotărâri judecătorești, accesul persoanelor fizice la creditare și condiții de finanțare la care nu sunt îndrituite, nefiind instituțiile autorizate de credit care să se împrumute pe piața monetară europeană”*.

Totodată, instanța a concluzionat că, printr-o eventuală adaptare a contractului de credit în considerarea O.U.G. nr. 50/2010, se putea viza *„numai nuanțarea reglementării contractuale a formulei de calcul a ratei dobânzii, transparentizarea acesteia, fără nicio influență asupra prețului, a costului total al creditului și repunerea în discuție a cuantumului dobânzii”*. În viziunea jurisprudențială, așadar, adoptarea O.U.G. nr. 50/2010 nu a avut ca obiectiv micșorarea dobânzilor, ci asigurarea unei mai mari transparențe în piața serviciilor financiar-bancare. Decizia în examen concluzionează că solicitările reclamanților sunt menite a destabiliza echilibrul contractual creat prin dispozițiile agreeate la momentul încheierii convențiilor de creditare.

În opinia instanței, consumatorii reclamanți au încercat, așadar, să încalce de o manieră ocolită normele care statuează asupra autonomiei de voință, a forței obligatorii a contractului sau efectul relativ al acestuia. Raportat la datele concrete ale cauzei, Înalta Curte de Casație și Justiție a conchis că reclamanții au urmărit modificarea prețului contractului de credit, respectiv nivelul dobânzii comerciale.

Pentru a ajunge la o atare concluzie, instanța supremă a pornit de la premisa că *„dobânda comercială se constituie în preț contractului de credit, preț care nu poate fi determinat în mod arbitrar de un terț, fie el și instanța de judecată”*.

Decizia realizează o amplă apreciere a concluziilor prezentate de către Avocatul General Verica Trstenjak la data de 29 nov. 2011 pentru Cauza *Perenicova* C-453/10 care, spre deosebire de concluziile prezentate în 2009 pentru cauza *Caja de Ahorros* C-484/08 în care punea accentul pe nevoia de protecție, scoate în evidență nevoia de a respecta principiul securității juridice: *„Directiva are ca obiectiv protejarea consumatorului împotriva dezavantajelor rezultate în general pentru acesta din situația sa de inferioritate în cazul în care încheie contracte cu vânzători sau furnizori, în trecut, aceștia au profitat de puterea lor economică pentru a impune consumatorilor contracte de adeziune și pentru a-i face să suporte riscurile, în numele libertății contractuale. Directiva urmărește să combată un astfel de abuz de putere.”*

„Directiva 93/13 abordează o problemă fundamentală pentru dreptul derivat: este avut în vedere conflictul dintre autonomia de voință, pe de o parte, și protejarea părții contractuale defavorizate, cu alte cuvinte, consumatorul, pe de altă parte. Directiva 93/13 restrânge în mod considerabil principiul libertății contractuale în favoarea consumatorului prin faptul că permite un control jurisdicțional al clauzelor abuzive. Această atingere adusă de legiuitor autonomiei de voință se justifică prin faptul că respectivele contracte de adeziune se întemeiază pe o asimetrie a puterii economice a părților, întreprinderile redactează contractele în prealabil și le impun în mod unilateral consumatorului, fără ca acesta să aibă posibilitatea de a negocia în mod individual clauzele acestora. Principiul autonomiei de voință nu ar mai fi garantat în practică, întrucât consumatorul nu ar avea nicio influență asupra conținutului contractului. O

astfel de situație ar justifica intervenția statului în domeniul libertății contractuale a părților pentru a garanta o echitate a contractelor într-o măsură cât mai mare posibil”.

„Totuși, Directiva 93/13 nu elimină complet autonomia de voință, întrucât art. 4 alin. (2) exclude de la aprecierea caracterului abuziv clauzele care se referă la «obiectul contractului» și la «caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte.» Nu trebuie să fie instituită o protecție generală a consumatorului care l-ar împiedica pe acesta să încheie un contract dezavantajos. Dimpotrivă, acesta este deja protejat în mod suficient prin concurență în ceea ce privește prestațiile principale.”

Înalta Curte de Casație și Justiție reține că, în mod evident, reclamanții recurenți tind la deturnarea protecției consumatorului printr-o acțiune de drept comun, „construind în mod artificial un cadru procesual format din sute de reclamanți, ca un adevărat grup de presiune, iar nu ca un «consorțiu procesual activ» (409 contracte de credit) și distorsionând hotărâri ale CJUE sau ale Înaltei Curți de Casație și Justiție”.

Analiza modului de interpretare a legislației și jurisprudenței europene pentru a aprecia caracterul abuziv al unei clauze

Este dincolo de orice îndoială că prin hotărârea pronunțată instanța supremă a analizat de o manieră complexă condițiile impuse de legea specială, prin raportare la prevederile unionale, pentru calificarea drept abuzive a unor clauze incluse în contractele de consum, cu luarea în considerare a jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene.

În mod unanim, jurisprudențial și doctrinar, la nivel național și unional, pornind de la prevederile Legii speciale și ale Directivei nr. 93/13/CEE, au fost clasificate condițiile necesar a fi îndeplinite pentru calificarea unei clauze ca fiind abuzivă, respectiv: „să nu fi fost negociate direct cu consumatorul; să fi fost introduse în contract, contrar cerințelor bunei-credințe; să creeze în detrimentul consumatorului un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților”.

Instanța supremă pare să adăugă și o a patra condiție, respectiv „să nu reglementeze componente ale prețului creditului, să nu facă parte din obiectul principal al contractului – să nu se asocieze „nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor și inteligibil”, prevăzută de art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000.

Dacă primele trei condiții reies ca atare atât din reglementarea internă, cât și din cea unională, cea de-a patra necesită o verificare atentă, prin raportare la textul original, al Directivei 93/13/CEE. Această din urmă normă, ridicată la rangul de condiție prin decizia instanței supreme, este identificată în textul art. 4 alin. (6) al Legii nr. 193/2000 fiind mai degrabă o ipoteză care exceptează anumite clauze de la verificarea specifică, iar nu o condiție propriu-zisă. Instanța supremă opinează că neîndeplinirea cerințelor acestui din urmă text legal, singură, ar fi suficientă pentru a face inutilă analiza celorlalte.

Considerăm că o confuzie a fost creată și este menținută în privința prevederilor art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000, respectiv al art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE, prin raportare la ceea ce Codul civil definește a fi „obiectul contractului”. Mai precis, în conformitate cu prevederile art. 1225 C. civ., obiectul contractului este reprezentat de

operațiunea juridică încheiată între părți, astfel cum aceasta rezultă din ansamblul drepturilor și obligațiilor asumate de ele. Obiectul contractului nu trebuie confundat cu obiectul obligației părților, văzut ca fiind prestația la care se angajează debitorul, element prevăzut distinct în art. 1226 C. civ.

Atâta timp cât în discuție sunt prevederi receptate de legislația noastră din dreptul unional și, ținând cont de preeminența acestuia din urma, orice interpretare realizată trebuie să aibă în vedere normativele europene specifice. În speța analizată, potrivit acestor din urmă reglementări „aprecierea caracterului abuziv al clauzelor nu privește nici definirea obiectului contractului, nici caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod clar și inteligibil.”

Hotărârea examinată în prezentul articol conține o concluzie importantă din acest punct de vedere, întrucât judecătorul consideră că prin simpla referire la textele incidente *„se acceptă de către împrumutați că dobânda este o componentă esențială a prețului creditului”*. Mai mult decât atât, o altă premisă importantă a silogismului judiciar identificat în decizia instanței supreme o regăsim în afirmația potrivit căreia *„tot ceea ce exprimă costul, prețul creditului este atât de important la formarea consimțământului de a intra într-un astfel de raport juridic, încât se prezumă absolut că împrumutatul, chiar consumator fiind, va fi foarte atent la ce anume semnează, la ce anume își asumă să plătească”*. În privința clauzelor care fac referire la dobândă, instanța a reținut că *„dobânda face parte din obiectul principal al contractului de împrumut ... Orice concluzie contrară ar reprezenta o distorsiune a sensului normei juridice comunitare, și în consecință și a celei naționale. Distorsionarea ar consta în aceea că s-ar confunda sensul de obligație accesorie al dobânzii față de debitul principal, cu caracterul «principal» din perspectiva art. 4 alin. (2) al Directivei 93/13/CEE, care vizează tot ce este definitoriu, sine qua non pentru respectivul credit și este avut în vedere la formarea consimțământului și la exprimarea acordului de voințe”*.

În primul rând este esențial a cataloga clauzele referitoare la dobândă și, în general, la costul creditului, ca privind obiectul obligației principale a debitorului, iar nu obiectul contractului. Această calificare este preferabilă pentru acuratețe, nemodificând cu nimic importanța acestui element sau esențializarea sa pentru debitor. Acesta din urmă va acorda o atenție sporită obiectului prestației sale principale, însă, nu este mai puțin adevărat că, în mod contrar celor reținute de către instanța de judecată, componentele acestei prestații interesează pe tărâmul verificării condițiilor prevăzute de alin. 1 al art. 4 din Legea nr. 193/2000, iar nu de alin. 6.

Chiar dacă interpretările oferite de către instanța de judecată își relevă pe deplin relevanța, o distorsionare a sensului art. 4 alin. (2) al Directivei 93/13/CEE, care impune, astfel cum spunem, limita esențială a aplicabilității acestui act normativ raporturilor contractuale dintre profesioniști și consumatori, poate fi observată în rândurile deciziei. Preluarea acestor prevederi în dreptul intern s-a realizat trunchiat și deficitar, de unde și problemele ridicate în interpretare. Pe de altă parte, nici textul Directivei premise nu debordează de claritate, astfel că se dovedește a fi necesar apelul la alte surse suport pentru interpretare, cum sunt analizele oficiale efectuate asupra textului, ca de altfel și jurisprudența Curții de Justiție.

Interpretările oferite textelor Directivei scot în evidență că alin. (2) al art. 4 al Directivei reprezintă un criteriu de limitare a aplicabilității acestui act normativ clauzelor a căror structură se mulează pe elementele prevăzute în cuprinsul acestuia: reglementează obiectul – în sensul de „prestație principală” – contractului sau raportul dintre prețul plătit și bunul sau serviciul primit în schimb. Acestui criteriu, însă, i se adaugă unul suplimentar, adiacent aprecierii, regăsit în imperativul ca prevederea contractuală care delimitează obiectul să conțină exprimări inteligibile și cuprinzătoare, care să asigure transparența redactării⁵.

Adițional, este necesar să apelăm pentru interpretare și la Preambulul Directivei 93/13/CEE, aceasta oferind, pe scurt, elemente relevante privitoare la scopul edictării normei. Pornind de la principiul în temeiul căruia aprecierea caracterului abuziv al clauzei poate fi efectuată numai dacă aceasta se încadrează în șablonul stabilit, par. 19 și urm. din Preambul, stabilesc o excepție importantă acestei reguli, statuând că „obiectul principal al contractului și raportul calitate/preț pot fi, cu toate acestea, luate în considerare la aprecierea corectitudinii altor clauze”. Nu este mai puțin relevant faptul că, potrivit aceluiași prevederi, premisa esențială pentru ca clauzele privind obiectul prestațiilor părților să fie excluse controlului, este aceea a redactării lor într-un limbaj clar și inteligibil⁶.

Interpretarea de o manieră precaută este necesară, întrucât, astfel cum punctează și comentatorii acestor prevederi, problema raportului dintre preț și serviciul primit trebuie strict limitată la acest raport, iar nu extinsă la toate aspectele legate de preț⁷. În concluzie, termenii care privesc calculul prețului contractului sau modalitatea în care acesta poate fi modificat vor fi în întregime supuși controlului potrivit reglementărilor speciale. Chiar și în lipsa unei atare interpretări, o prevedere care privește raportul anterior menționat sau obiectul prestațiilor va fi supusă indirect controlului atâta timp cât are incidență asupra caracterului abuziv al altor clauze contractuale.

În privința sferei noțiunii de „obiect al contractului”, astfel cum este implementat în Directiva 93/13/CEE, înțeles ca reprezentând prestațiile principale care rezultă ca urmare a încheierii convenției, Preambulul oferă exemplul contractelor de asigurări. Din acest conținut putem înțelege mai bine care este finalitatea prevederii analizate, dat fiind că, așa cum arătam deja, noțiunea utilizată nu este cea mai fericită din punctul de vedere al înțelesului juridic specific dreptului contractelor. În concret, potrivit preambulului, în contractele de asigurare „clauzele care definesc sau delimitează în mod clar riscul asigurat și răspunderea asiguratorului nu se supun unei astfel de aprecieri, deoarece

⁵ Potrivit notelor reținute în *Cauza C-484/08 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, Curtea de Justiție a considerat după cum urmează: „În doctrina juridică nu s-a dat un răspuns clar și ferm la întrebarea dacă art. 4 alin. (2) definește de asemenea domeniul de aplicare material al Directivei 93/13 sau dacă acesta doar limitează sfera controlului de fond. Se observă totuși o tendință în favoarea celei de a doua interpretări.... pe de o parte, că, atunci când a modificat propunerea Comisiei, Consiliul ar fi avut intenția de a exclude din domeniul de aplicare al directivei toate clauzele care privesc obiectul principal al contractului sau raportul calitate/preț”. Pe de altă parte, „această dispoziție este o limitare a aprecierii caracterului abuziv al clauzelor”. A se vedea decizia citată, împreună cu bogatul aparat bibliografic citat: <http://curia.europa.eu/juris/document/document>.

⁶ WORKSHOPS Preliminary documents and final reports, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int

⁷ *Idem*.

aceste restricții sunt luate în considerare la calcularea primei plătite de către consumator”.

Realizând o simplă analogie cu contractele bancare nu rezultă altceva decât că, respectând același raționament, clauzele privitoare la dobândă și comisioane, atâta timp cât pot fi influențate sau impuse unilateral de către profesionist, este necesar a fi supuse controlului specific al art. 4 din Legea nr. 193/2000.

Efectuând o apreciere a situațiilor care apar în domeniul contractelor de credit, observăm că majoritatea situațiilor în care poate fi constatată o neregularitate în modalitatea de redactare a clauzelor contractuale privesc sau au legătură, mai strânsă sau mai puțin strânsă, ori cu obligațiile principale ale părților, ori cu raportul dintre prestațiile asumate de către acestea. Or, o excludere a lor ar minimiza scopul prevederilor Directivei 93/13/CEE.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene, pe de altă parte, în Cauza C-484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*⁸ a stabilit cu titlu principal ca „Directiva are ca obiectiv protejarea consumatorului împotriva dezavantajelor rezultate în general pentru acesta din situația sa de inferioritate în cazul în care încheie contracte cu vânzători sau furnizori. În trecut, aceștia au profitat de puterea lor economică pentru a impune consumatorilor contracte de adeziune și pentru a-i face să suporte riscurile, în numele libertății contractuale. Directiva urmărește să combată un astfel de abuz de putere”. Iată, deci, că orice analiză trebuie să pornească de la scopul Directivei 93, încercându-se astfel realizarea unui echilibru între autonomia de voință și necesitatea protejării părții contractuale defavorizate.

Încercând să efectuăm o apreciere prin prisma liniilor trasate de Curte, este necesar să avem mereu în vedere o premisă esențială: contractele de credit sunt contracte de adeziune, iar caracterul „negociat” al clauzelor reprezintă doar o fațadă, în realitate consumatorul putând alege dintr-un număr determinat de modele puse la dispoziție, având, cel mult, posibilitatea de a accepta sau nu încheierea contractului. Principiul autonomiei de voință nu ar mai fi garantat în practică, întrucât consumatorul nu ar avea nicio influență asupra conținutului contractului. O astfel de situație ar justifica intervenția statului în domeniul libertății contractuale a părților pentru a garanta echitatea contractelor într-o măsură cât mai mare posibil⁹.

Potrivit doctrinei citate de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, obiectivul dispoziției legale analizate are în vedere necesitatea limitării controlului jurisdicțional al caracterului abuziv al clauzelor înscrise în contractele încheiate cu consumatorii cu finalitatea prevalenței libertății contractuale a părților în sensul gestionării raporturilor

⁸ A se vedea <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>

⁹ În acest sens, Tilmann, I., *Die Klauselrichtlinie 93/13 EWG auf der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Europarecht*, München, 2003, p. 8. Basedow, J., *op. cit.* (nota de subsol 9), p. 102, a arătat că legislația comunitară privind dreptul contractelor se explică prin voința politică de a combate prin legiferare anumite neregularități ale vieții economice. Din aceasta autorul deduce că respectivul concept comunitar al libertății contractuale nu este un concept care se referă la drepturile individuale, ci la o politică de ordine publică. Autonomia de voință și libertatea contractuală sunt de interes general, cu condiția ca exercitarea excesivă a puterii economice să fie limitată de concurență. Ar fi legitime intervenții ale statului în libertatea contractuală în măsura în care imperfecțiunile pieței nu ar permite stabilirea relațiilor concurențiale.

acestora în mod autonom, „în interesul unei piețe eficiente, întemeiate pe concurența prețurilor și a serviciilor”¹⁰. Totodată, în cuprinsul opiniilor considerate relevante de către Curte au fost luate în analiză principiile fundamentale ale unei ordini economice liberale, ca punct de pornire în scopul justificării unei definiții de sine stătătoare a prestației și contraprestației pentru care părțile încheie contractul. Limitarea acestei libertăți ar contraveni în acest sens legilor pieței și concurenței¹¹.

În opinia Curții, așadar „din această dispoziție se poate deduce că legiuitorul comunitar a dorit ca în special acordul părților și oferta de pe piață să guverneze obligațiile aferente prestației principale, precum și caracterul adecvat al raportului calitate/preț”. Din raportul creat între toate aceste concepte este necesar a se ajunge la o concluzie calificată, născută ca urmare a realităților juridice naționale. Or, în ipoteza în care regulile impuse pe piață într-un anumit domeniu determinat nu favorizează concurența, prevederile contractuale ale profesioniștilor se vor alinia în scopul protejării generale a interesului acestora. Domeniul bancar nu este, sub nicio formă o excepție, fiind evident caracterul uniform al contractelor de credit, de vreme ce există o cerere care depășește nivelul ofertei.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene acceptă în cuprinsul hotărârilor pronunțate implicit posibilitatea analizei caracterului abuziv al clauzelor exceptate, motiv pentru care considerăm că o mai profundă analiză a jurisprudenței acesteia ar fi deosebit de utilă instanțelor din țara noastră. Aceasta instanță urmărește prin hotărârile luate finalitatea dreptului unional, menit să protejeze raporturile juridice încheiate cu bună credință, caracterizate prin previzibilitate și transparență, cu atât mai mult atunci când se află în fața unor contracte de adeziune. Iată, deci, cheia în care trebuie interpretate atât concluziile Avocatului General Verica Trstenjak, cât și jurisprudența bogată a Curții.

¹⁰ A se vedea Pfeiffer, T., în: *Das Recht der Europäischen Union* (editat de E. Grabitz/M. Hilf), volumul IV, A5, art. 8, p. 7, cit. în hotărârea pronunțată în Cauza C 484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*.

¹¹ A se vedea în acest sens Kohtes, S., *Das Recht der vorformulierten Vertragsbedingungen in Spanien*, Frankfurt am Main, 2004, p. 52, cit. în hotărârea pronunțată în Cauza C 484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*.

OPINII PRIVIND CONDIȚIILE PENTRU ADMISIBILITATEA ORDONANȚEI PREȘEDINȚIALE

*Marius Ionel NICOLAU**

Abstract:

The procedure of the presidential ordinance is a special civil procedure by means of which provisional measures are stipulated to be used in urgent cases in order to preserve a right that may be prejudiced by delay, to prevent an imminent damage that could not be repaired later and to remove the obstacles that might arise during an enforcement procedure.

In addition to the general conditions to be met by any request for summons (the capacity, the quality and the interest to act), for the acceptance of a request for a presidential ordinance, three specific conditions must be met cumulatively, namely: the urgency, the provisional character of the measure and the fact that it shall not prejudice the merits in the analysis of the appearance of right that the court gives by emergency procedure of the presidential ordinance.

The existence of the appearance of right in favor of a person is a relative matter that can not be determined in an abstract manner, but only in relation to the person to whom the right is opposed in a legal relationship; one has to underline the absence of any reference to the defendant or to the opposing party in the content of art. 997, par. 1, sentence I, Code of Civil Procedure.

As far as the provisional character is concerned, this term has double meaning in relation to the presidential ordinance. Thus, on the one hand, it refers to the reversible content of the adopted measure, given that by means of presidential ordinance, measures the implementation of which would not make it possible to restore the de facto situation can not be taken, and, on the other hand, it refers to the temporarily limited duration of these measures.

The urgency of the measure must be determined by reference to the purpose of its adoption, namely by preserving a right that could be prejudiced by delay; to the prevention of an imminent damage that could not be repaired and to the removal of the obstacles that may arise during an enforcement procedure. The urgency is the necessary and sufficient condition the evaluation of which is the exclusive competence of the judge entitled to adjudicate the presidential ordinance.

Keywords: *conditions for admissibility Presidential Ordinance*

I. Considerații generale

Uneori se ivesc situații când procedura parcursă într-o judecată obișnuită, prin durata mare de timp scursă până la pronunțarea unei hotărâri, poate produce anumite prejudicii ireversibile uneia dintre părțile implicate în proces. Pentru astfel de situații legiuitorul ne pune la dispoziție o procedură rapidă, cu efecte temporare, denumită ordonanță președințială.

* Judecător, Judecătoria Sibiu; e-mail: mariusnicolau@yahoo.com.

Această procedură specială a fost introdusă în legislația noastră cu ocazia modificărilor aduse Codului de procedură civilă 1865¹ în anul 1900². Procedura a fost preluată din dreptul francez, unde ordonanța se pronunța de președinte, pe baza unui referat scris asupra piedicilor întâlnite, întocmit de organul de executare sau chiar de partea interesată, care întâmpina dificultăți în executarea silită a dreptului său înscris în titlu executoriu. Tocmai de aceea, în literatura și în practica judiciară mai veche se folosea și denumirea de „ordonanță de referee”³.

Potrivit art. 484 C. pr. civ. francez⁴, „L'ordonnance de référé” este o decizie provizorie, pronunțată la cererea unei părți în prezența sau cu citarea celeilalte părți, prin care judecătorul, care nu este investit cu soluționarea pe fond a cauzei, poate ordona luarea imediată a unor măsuri absolut necesare.

Noul Cod de procedură civilă român, adoptat prin Legea nr. 134/2010⁵ modificată prin Legea nr. 76/2012⁶ și intrat în vigoare la data de 15 februarie 2013, reglementează ordonanța președințială în Cartea a VI-a, destinată procedurilor speciale, în Titlul VI, art. 997-1002.

Legiuitorul nu definește noțiunea de ordonanță președințială însă, în art. 997 C. pr. civ., stabilește condițiile de admisibilitate ale procedurii ordonanței președințiale. Astfel, instanța de judecată, stabilind că în favoarea reclamantului există aparența de drept, va putea să ordone măsuri provizorii în cazuri grabnice, pentru păstrarea unui drept care s-ar putea păgubi prin întârziere, pentru prevenirea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara ulterior, precum și pentru înlăturarea piedicilor ce s-ar putea ivi cu prilejul unei executări⁷.

În literatura de specialitate⁸ s-a arătat că termenul de ordonanță președințială este susceptibil de două accepțiuni.

Într-o primă accepțiune, ordonanța președințială este o instituție de drept, reglementată de Codul de procedură civilă în cadrul procedurilor speciale, adică un ansamblu de norme juridice.

Din această perspectivă, ordonanța președințială este procedura civilă specială „prin intermediul căreia reclamantul, care afirmă o aparență de drept, solicită instanței să ordone măsuri provizorii, în cazuri grabnice, pentru păstrarea unui drept, pentru prevenirea unei pagube iminente ori pentru înlăturarea piedicilor ce s-ar putea ivi cu prilejul unei executări. Fiind de natură contencioasă, ordonanța președințială este guvernată de principiul contradictorialității și presupune întotdeauna existența pârâtului”⁹.

¹ Decretat la 09 septembrie 1865 și promulgat la 11 septembrie 1865 și pus în aplicare începând cu 01 decembrie 1865.

² Decretul-lege nr. 1228/1900 publicat în M. Of. nr. 281 din 15 martie 1900.

³ Boroi G., Stancu M., *Drept procesual civil*, ed. a II-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 822.

⁴ https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=EC4226C530FBDE3B1CD771BE67D5D55A.tpdila20v_3?id accesat la data de 24 ianuarie 2017.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009 și republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 485 din 15 iulie 2010 și republicată în M. Of. nr. 545 din 3 august 2012 și M. Of. nr. 247 din 10 aprilie 2015.

⁷ Art. 997 alin. (1) C. pr. civ.

⁸ Zeca D., *Ordonanța președințială*, Ed. Hamangiu, București, 2009, pp. 2-3.

⁹ Gavriș D.M. în Boroi G. și colectiv – *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Volumul II. Art. 527-1133, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 569.

Într-o altă accepțiune, ordonanța președințială semnifică tocmai hotărârea judecătorească prin care instanța dispune cu privire la cererea dedusă judecății, în cadrul procedurii cu același nume¹⁰.

II. Condițiile de admisibilitate ale ordonanței președințiale

Pe lângă condițiile generale ce trebuie să existe în cazul oricărei forme concrete care intră în conținutul acțiunii civile – formularea unei pretenții, interesul, capacitatea și calitatea procesuală – admisibilitatea ordonanței președințiale presupune și îndeplinirea anumitor condiții speciale, care se desprind din art. 997 alin. (1) C. pr. civ.

Astfel, în mod tradițional, se consideră că, pentru a fi admisibilă o cerere de ordonanță președințială, trebuie îndeplinite trei condiții, și anume: urgența, vimeleția și neprejudicarea fondului.

Dispozițiile art. 997 alin. (1) C. pr. civ., prevăd că prin ordonanța președințială se pot lua măsuri provizorii, în cazuri urgente, pentru păstrarea unui drept care s-ar putea păgubi prin întârziere, pentru prevenirea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara ulterior, precum și pentru înlăturarea piedicilor ce s-ar putea ivi cu prilejul unei executări.

O eventuală exercitare de către părți a atributelor dreptului de proprietate (cultivarea terenului) nu este de natură a preveni o pagubă iminentă în patrimoniul reclamanților, ci de utilizarea economică a acestui teren. În acest sens, instanța reține că o eventuală necultivare a terenului este de natură a produce un prejudiciu în patrimoniul părților prin nefolosirea terenului respectiv prin plata unui impozit și neobținerea unor produse ce pot fi folosite din punct de vedere economic. Mai mult, o eventuală valorificare a producției de către părți și dobândirea ulterioară de către reclamanți a dreptului de proprietate nu conduce automat la producerea unui prejudiciu în patrimoniul acestora întrucât reclamanții au deschisă calea unei acțiuni în pretenții¹¹.

Piedica la executare invocată de către reclamantă respectiv intervenția prescripției extinctive constituie o veritabilă apărare pe fondul contestației la executare și nu o piedică evidentă ce s-a ivit cu prilejul executării. În acest sens, instanța reține că necesitatea înlăturării piedicilor ce s-ar ivi cu prilejul executării silită poate fi introdusă doar de creditor împotriva terților care prin acțiuni sau inacțiuni împiedică executarea silită, deoarece în raporturile cu debitorul sunt aplicabile dispozițiile speciale care reglementează executarea silită¹².

Așadar, pe lângă condițiile generale ce trebuie îndeplinite de orice cerere de chemare în judecată, pentru admiterea unei cereri de ordonanță președințială trebuie îndeplinite, cumulativ, trei condiții. Două condiții sunt prevăzute expres de text: urgența și caracterul vimeleț al măsurii, iar a treia rezultă din caracterul provizoriu al măsurii, și anume neprejudicarea fondului în analiza aparenței de drept pe care instanța o realizează în procedură de urgență pentru soluționarea unei astfel de cereri.

În raport cu evocatele aspecte este de menționat că admisibilitatea ordonanței președințiale se analizează nu doar din perspectiva formală a condițiilor prevăzute de

¹⁰ Leș I., *Tratat de drept procesual civil*, ed. a III-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 721.

¹¹ Jud. Dorohoi, *sent. civ. nr. 501/2015*, nepublicată.

¹² Jud. Dorohoi, *sent. civ. nr. 902/2014*, nepublicată.

alin. (1) al art. 997 C. pr. civ., ci și din perspectiva consecințelor pe care o astfel de măsură provizorie le poate avea asupra tuturor drepturilor părților implicate în proces.

Condiția urgenței este îndeplinită, în scopul preîntâmpinării punerii în aplicare a măsurilor dispuse prin sentința unei prime instanțe, în situația în care partea potrivnică a procedat, deja, la investirea cu formulă executorie a sentinței primei instanțe întrucât prin aceasta se pot evita producerea unor consecințe deosebit de grave asupra tuturor celor implicați în litigiul dedus judecății pe fond. În această situație, caracterul vremelnic rezultă din însăși solicitarea petentei în sensul dispunerii măsurii până la soluționarea cererii de suspendare a executării sentinței apelate respectiv pentru o durată determinată în timp. Condiția neprejudicării fondului este, de asemenea, îndeplinită prin însăși natura cererii care are ca obiect asigurarea desfășurării în bune condiții a activității societății, prin dispunerea măsurii solicitate pe cale de ordonanță președințială neaducându-se atingere aspectelor deduse judecății¹³.

Spre deosebire de vechea reglementare, prevederile actualului Cod de procedură civilă în material ordonanței președințiale sunt mai detaliate, deoarece au fost legiferați aspecte care în trecut erau acceptate ca aport al doctrine și jurisprudenței.

Având în vedere dispozițiile art. 997 alin. (1) C. pr. civ. având denumirea marginală „condiții de admisibilitate” considerăm că cererea de ordonanță președințială este admisibilă când sunt îndeplinite cumulativ următoarele cerințe: aparența dreptului, caracterul provizoriu al măsurilor, existența unor cazuri grabnice și neprejudicarea fondului.

2.1 Afirmarea de către reclamant a unei aparențe de drept este o condiție specială care face admisibilă cererea de ordonanță președințială, desigur, dacă sunt îndeplinite și condițiile generale de exercitare a acțiunii civile referitoare la capacitatea procesuală de folosință¹⁴ și de exercițiu¹⁵, calitatea procesuală¹⁶ și interesul de a acționa¹⁷.

Spre deosebire de acțiunile de drept comun, ordonanța președințială nu presupune dovedirea de către reclamant a temeiniciei pretenției formulate, în condițiile art. 32 alin. (1) C. pr. civ. raportat la art. 249 alin. (1) teza I C. pr. civ.

Deși existența aparenței în drept în favoarea unei persoane este o chestiune relativă care nu poate fi stabilită în abstract, ci doar prin raportare la persoana căreia i se opune dreptul în cadrul unui raport juridic, trebuie punctată lipsa oricărei referiri la pârât sau la

¹³ ÎCCJ, S. a II-a civ., *dec. civ. nr. 1487/2012*, <http://legeaz.net/spete-civil-iccj-2012/decizia-1487-2012> accesat la data de 24 ianuarie 2017.

¹⁴ Capacitatea procesuală de folosință constă în aptitudinea unei persoane de a avea drepturi și obligații pe plan procesual.

¹⁵ Capacitatea procesuală de exercițiu constă în aptitudinea unei persoane de a-și valorifica singură drepturile procesuale și de a-și îndeplini singură obligațiile procedurale, deci de a sta în judecată.

¹⁶ Potrivit art. 36 alin. (1) C. pr. civ., calitatea procesuală rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecății.

¹⁷ Potrivit art. 33 alin. (1) C. pr. civ., interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se poate formula o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara.

partea adversă în conținutul art. 997 alin. (1) teza I care prevede doar că „instanța de judecată, stabilind că în favoarea reclamantului există aparența de drept, va putea (...)”¹⁸.

Aparența de drept este în favoarea reclamantului dacă poziția acestuia, în cadrul raportului juridic pe care se grefează ordonanța președințială, este preferabilă din punct de vedere legal, în condițiile unei sumare caracterizări și analize a situației de fapt.

Starea de fapt a unui proces se împletește întotdeauna indisolubil cu cea de drept și judecătorul, atunci când ordonă chiar o măsură provizorie, trebuie convins că această măsură este justă și conformă cu dreptul¹⁹.

În practica judiciară s-a arătat că, în ceea ce privește prima condiție, respectiv, afirmarea unei aparențe de drept, spre deosebire de acțiunile de drept comun, ordonanța președințială nu presupune dovedirea de către reclamant a temeiniciei pretenției formulate, aparența de drept în favoarea unei persoane fiind o chestiune relativă care nu poate fi stabilită în abstract, ci doar prin raportare la persoana căreia i se opune dreptul în cadrul unui raport juridic. Totodată, aparența de drept este în favoarea reclamantului dacă poziția acestuia, în cadrul raportului juridic pe care se grefează ordonanța președințială, este preferabilă din punct de vedere legal, în condițiile unei sumare caracterizări și analize a situației de fapt. În speță, această condiție nu este îndeplinită, reclamanta nedovedind aparența unui drept de folosință cu privire la spațiul din București, str., nr., Piața, spațiul, sector 1, întrucât convenția contractuală nr. din a fost reziliată unilateral de pârâtă prin decizia nr. din 17 aprilie 2013. Instanța nu este investită cu analizarea aspectelor de fond sau formă cu privire la valabilitatea sau nu a deciziei nr. ... din2013. Din probele administrate în cauză și situația de fapt redată mai sus, reținem că rezilierea contractului s-a efectuat conform clauzelor contractuale, datorită neplății la scadență a unor facturi fiscale de către reclamantă, fapt necontestat de aceasta. Pe calea ordonanței președințiale nu se poate stabili dacă măsura debranșării de la energie electrică a fost legală sau nu. În aparență această debranșare a fost determinată de atitudinea reclamantei care a refuzat să evacueze punctul de lucru, deși nu mai deținea un drept de folosință asupra spațiului. Prin urmare, în favoarea reclamantei nu există aparența unei situații juridice legale care ar putea să justifice interesul legitim de a obliga pârâtă la realimentarea cu energie electrică până la soluționarea litigiului pe calea acțiunii de drept comun²⁰.

De asemenea, în practica judiciară s-a arătat că introducerea unei acțiuni în revendicare întemeiată pe nevalabilitatea titlului statului român, nu este creatoarea unei aparențe de drept în favoarea acestora, întrucât dacă s-ar accepta un asemenea punct de vedere, s-ar ajunge la situația unei pronunțări anticipate asupra temeiniciei acțiunii în revendicare, ceea ce nu este posibil în cadrul unei ordonanțe președințiale²¹.

În cazul cererii de evacuare dintr-un spațiu comercial, cerințele înscrise în art. 581 C. pr. civ. nu sunt îndeplinite dacă părțile au pretenții reciproce și contractul de închiriere

¹⁸ Gavriș D.M., *op. cit.*, p. 571.

¹⁹ Stoenescu I, Zilberstein S., *Tratat de drept procesual civil*, Volumul II, București, 1981, p. 111.

²⁰ Jud. Sect. 1 București, *Sent. civ. nr. 19538/2013*, <http://portal.just.ro/299/Lists/Jurisprudenta/dispForm.aspx?ID=178>, accesat la data de 24 ianuarie 2017.

²¹ C. Ap. Brașov, *Dec. civ. nr. 916/R/1997*, publicată în *Curtea de Apel Brașov – Culegere de practică judiciară 1994-1998*, Ed. All Beck, București, pp. 96-97.

nu a fost reziliat pe cale judecătorească, deoarece lipsește aparența de drept, iar măsura solicitată ar prejudeca fondul cauzei²².

Întrucât aparența de drept este o condiție minimală de admisibilitate, nu trebuie să se înțeleagă că o persoană al cărei drept se afirmă cu puterea evidenței (dincolo de orice dubiu) nu ar putea apela la procedura ordonanței atunci când sunt îndeplinite celelalte condiții prevăzute în art. 997 C. pr. civ.

2.2. Caracterul provizoriu al măsurilor dispuse este afirmat atât în alin. (1), cât și în alin. (5) teza ultimă ale art. 997 C. pr. civ.

Termenul provizoriu cu antonimul definitiv, caracterizează exact specificul procedurii ordonanței președințiale, deoarece are o dublă semnificație. Pe de o parte se referă, la conținutul reversibil al măsurilor luate, în condițiile în care pe calea ordonanței președințiale nu se pot lua măsuri a căror executare nu ar mai face posibilă restabilirea situației de fapt. Pe de altă parte, se referă la durata limitată temporar a acestor măsuri²³.

Dacă hotărârea nu cuprinde nicio mențiune privind durata sa și nu s-au modificat împrejurările de fapt avute în vedere, măsurile dispuse vor produce efecte până la soluționarea litigiului asupra fondului.

În ceea ce privește caracterul provizoriu, acest termen are dublă semnificație în materia ordonanței președințiale. Astfel, pe de o parte se referă la conținutul reversibil al măsurii luate, în condițiile în care pe calea ordonanței președințiale nu se pot lua măsuri a căror executare nu ar mai face posibilă restabilirea situației de fapt, pe de altă parte se referă la durata limitată temporar a acestor măsuri²⁴.

Hotărârea luată pe calea ordonanței președințiale are un caracter vremelnic, care nu are scopul de a stabili definitive drepturile părților, dar tinde să păstreze drepturile care s-ar putea păgubi prin întârziere sau să preîntâmpine o pagubă iminentă și ireparabilă. Înregistrarea unei operațiuni de cesiune în registrul de acțiuni, fiind o operațiune definitivă, nu poate fi dispusă pe calea ordonanței președințiale²⁵.

Dobândirea posesiei terenului în litigiu, precum și desființarea construcțiilor edificate de către părât pe imobilul situat în mun., str. nr. (obiectul litigiului în fond) nu poate fi dispusă prin intermediul procedurii ordonanței președințiale întrucât se încalcă cerința fundamentală a acestei proceduri, și anume provizoratul măsurii. În acest caz reclamantele urmăresc soluționarea definitivă a fondului cauzei printr-o procedură specială²⁶.

În cazul în care reclamantul urmărește suspendarea unei executării silite respectiv punerea în executare a unor hotărâri judecătorești care au stabilit cu putere de lucru judecat atât ridicarea ilegală a construcțiilor cât mai ales titularul dreptului de proprietate asupra terenului în litigiu, se încalcă caracterul provizoriu al măsurii ce se poate dispune pe calea ordonanței președințiale întrucât există riscul ca partea împotriva căreia

²² CSJ, S. com., *dec. civ. nr. 3047/1998*, publicată în B. Mischie, Ordonanța președințială. Culegere de practică judiciară, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 53.

²³ D.M. Gavriș *op. cit.*, p. 572.

²⁴ Jud. Sect. 1 București, *Sent. civ. nr. 19538/2013*, <http://portal.just.ro/299/Lists/Jurisprudenta/dispForm.aspx?ID=178>, accesat la data de 20 ianuarie 2017.

²⁵ CSJ, S. com., *dec. civ. nr. 815/1995*, publicată în B. Mischie, *op. cit.*, p. 25.

²⁶ Jud. Dorohoi, *Sent. civ. nr. 1811/2013*, nepublicată.

trebuie să îndeplinească actele de executare alege să nu mai recurgă la calea dreptului comun pentru a obține desființarea acestora²⁷.

În privința vremelniciei, instanța apreciază că nici această condiție nu este îndeplinită. Instanța observă că reclamanta nu a formulat o acțiune de fond până la soluționarea căreia ordonanța președințială să-și producă efectele, nici nu a solicitat stabilirea unei limite temporale în acest sens. Din analiza cererii de emitere a ordonanței președințiale rezultă că reclamanta urmărește soluționarea pe fond a litigiului dintre părți, pe temeiul îmbogățirii fără justă cauză, iar obligarea pârâtei la plata către reclamanta a sumei de 6.300 lei ar urma să fie definitivă, iar nu provizorie. Reclamanta urmărește obținerea unei măsuri cu caracter definitiv²⁸.

Ca urmare a unei evoluții îndelungate, doctrină și jurisprudența sunt de acord că, în zilele noastre, soluția și considerentele juridice pe care judecătorul le statuează în cadrul procedurii ordonanței președințiale nu poartă autoritate de lucru judecat în raport cu fondul cauzei și, prin urmare, judecătorul fondului nu va fi legat de soluția din cadrul ordonanței președințiale.

2.3. Caracterul urgent al măsurii trebuie stabilit prin raportare la scopul luării acestora, și anume: păstrarea unui drept care s-ar putea păgubi prin întârziere, prevenirea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara, înlăturarea unor piedici ce s-ar ivi cu prilejul unei executări. Urgența este condiția necesară și suficientă²⁹ a cărei evaluare este competența exclusivă a judecătorului investit cu judecarea ordonanței președințiale.

Urgența este una dintre condițiile specifice procedurii ordonanței președințiale, dar faptul că cererea pentru reintegrarea în spațiu a reclamantei, alungată din locuință în anul 1994, s-a formulat în anul 1997 nu este de natură să ducă la concluzia că nu există condiția urgenței. În speță s-a dovedit că reclamanta a stăruit pentru a fi reprimată în locuință, apelând la ajutorul organelor de poliție, și că locuiește în condiții improprii la părinții săi. Chiar dacă pârâtului i s-a recunoscut dreptul de retenție asupra apartamentului prin hotărârea de partaj, până la data achitării sultei, aceste drept nu justifică susținerea recurentului că cererea de evacuare pe calea ordonanței președințiale se impunea a fi respinsă, pentru că s-a dovedit comportamentul lui violent, ceea ce face imposibilă conlocățiunea și afectează dezvoltarea copilului, iar reclamanta a făcut dovada achitării sultei³⁰.

Trebuie făcută distincție între urgența măsurii ca și condiție de admisibilitate a ordonanței președințiale și urgența judecății în procedura ordonanței președințiale raportată la celeritatea specifică proceselor civile.

Urgența luării măsurii se apreciază în concret, atât prin raportare la conținutul subiectiv și obiectiv al situației juridice generatoare, cât și prin raportare la data judecării cererii.

²⁷ Jud. Sibiu, *Sent. civ. nr. 119/2017*, nepublicată.

²⁸ Jud. Cluj Napoca, *Sent. civ. nr. 7005/2015*, <http://www.rolii.ro/hotarari/57766372dd371f3f43000ea5> accesat la 16 februarie 2017.

²⁹ Leval G., *Le référé en droit judiciaire privé*, Act. Dr. Nr. 14, 1992, p. 855.

³⁰ C. Ap. Brașov, *dec. civ. nr. 40/1998*, publicată în C. Ap. Brașov – *Culegere de practică judiciară 1994-1998*, Ed. All Beck, București, p. 104.

Astfel, celeritatea trebuie să caracterizeze orice proces civil, în acest sens, art. 6 C. pr. civ. dispunând că orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în termen optim și previzibil. De asemenea, în anumite materii legea prevede că judecata are loc de urgență și cu precădere (de exemplu art. 508 alin. (1) C. pr. civ. – contestația în anulare, art. 717 alin. (3) C. pr. civ. – contestația la executare, art. 877 C. pr. civ. – contestația împotriva proiectului de distribuire), însă aceasta nu înseamnă că judecata va avea loc pe calea ordonanței președințiale³¹.

Este necesar ca urgența să persiste pe tot parcursul judecății, inclusive în căile de atac, nefiind suficient ca ea să existe la data introducerii cererii, dar să dispară ulterior acestui moment.

Urgența este una dintre condițiile specific procedurii ordonanței președințiale. Ea trebuie să rezulte din fapte concrete, specific fiecărui caz, iar în cadrul ordonanței președințiale urgența se apreciază în raport cu situația existent la momentul judecății, întrucât cererea nu poate fi admisă dacă între momentul sesizării și cel al judecății situația de fapt s-a schimbat în așa fel, încât nu mai este posibilă restabilirea ei urgentă. În speță, cererea de ordonanță președințială privind obligarea pârâtului la sistarea lucrărilor de demolare a construcției edificate de reclamant a fost respinsă, cu motivarea că în cursul procesului pârâtul a finalizat demolarea construcției. Lucrările de demolare fiind finalizate, rezultă cu evidență că nu mai subzistă condiția urgenței, deoarece, nefiind posibilă restabilirea situației de fapt, reclamantul își poate valorifica acțiunea pe calea dreptului comun³².

Este îndeplinită condiția urgenței motivat de faptul că minorii au o vârstă foarte fragedă, la care intervine foarte repede uitarea, iar împiedicarea mamei de a avea legături personale cu aceștia o perioadă îndelungată de timp ar avea repercusiuni grave asupra relației lor viitoare.

Față de caracterul urgent al măsurii, instanța reține că acesta se impune și prin starea de pericol la care sunt supuse minorele în situație întoarcerii acestora la mamă respectiv posibilitatea folosirii acestora la muncă fizică deosebit de gravă respectiv folosirea minorelor la săvârșirea unor fapte antisociale (furt, cerșetorie). În acest sens, instanța urmează a da relevanță depozițiilor martorelor audiate în cauză (mama și sora pârâtei) care au prezentat cu amănunțime modul în care minorele au fost tratate **la mamă**, respectiv la terțele persoane la care erau lăsate în îngrijire³³.

În practica judiciară în mod constant s-a decis ca în cadrul ordonanței președințiale urgența trebuie apreciată în raport cu situația existentă în momentul judecării. În ceea ce o privește pe reclamanta S____ Y____ O____, aceasta justifică urgenta în promovarea cererii de fata prin aceea ca este proprietara apartamentului nr. 5 din care solicita evacuarea, iar prin lăsarea pârâtei în spațiu până la finalizarea procesului de evacuare pe calea dreptului comun suferă o pagubă permanentă și progresivă. Or, în condițiile în care de la data 10 iulie 2012, când părțile contractante au hotărât rezilierea actului de închiriere, și până în ziua introducerii acțiunii de față la instanță (6 februarie 2013, când, de altfel, a fost înregistrată și pe calea dreptului comun acțiunea de evacuare) titulara

³¹ Boroș G., Stancu M., *op. cit* p. 824.

³² C. Ap. Iași, *Dec. civ. nr. 1260/2000*, publicată în M.M. Pivniceru, C. Moldovan, *Ordonanța președințială. Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 8.

³³ Jud. Alba Iulia, *Sent. civ. nr. 2168/2016*, nepublicată.

cererii de ordonanță președințială a lăsat să treacă 7 luni, aceasta nu se mai poate prevala existența vreunei urgente în evacuare cu motivarea ca prin ocuparea în continuare a imobilului de către _____ ar fi prejudiciată. Reclamanta cerând evacuarea numai după o perioadă atât de îndelungată de timp, nu se poate reține ca sunt întrunite condițiile de admisibilitate a ordonanței președințiale, reglementate de art. 581 VCPC, lipsind tocmai caracterul urgent al cererii³⁴.

2.4. Condiția neprejudicării fondului a fost reglementată de alin. (5) al art. 997 C. pr. civ. respectiv prin această prevedere legislativă s-a statuat că pe cale de ordonanță președințială nu pot fi dispuse măsuri care să rezolve litigiul în fond.

Această cerință decurge atât din condiția referitoare la caracterul provizoriu al măsurii ce urmează a fi dispusă, cât și din prevederea legală conform căreia ordonanța va putea fi dată chiar și atunci când există judecată asupra fondului.

Punerea în discuție a unuia dintre dezmembrămintele dreptului de proprietate, și anume folosința imobilului în litigiu se poate face numai pe calea dreptului comun ceea ce impune respingerea ca neîntemeiată a ordonanței președințiale³⁵.

Împrejurarea că dreptul subiectiv este litigios nu împiedică pronunțarea ordonanței președințiale, întrucât aparența de drept este suficientă pentru ca instanța să ordone o măsură urgentă și provizorie, urmând ca problema existenței sau inexistenței dreptului subiectiv să se rezolve pe calea procedurii de drept comun, în cadrul unei judecăți care vizează fondul³⁶.

Sistarea lucrărilor de construcție începute de pârât, fără autorizație, pe un teren a cărui apartenență este disputată în litigiu, se poate aprecia că îndeplinește cerințele reglementate de art. 581 C. pr. civ. 1865 însă este greșit ca instanța să se pronunțe asupra revendicării unei suprafețe de teren în cadrul procedurii prevăzute pentru ordonanța președințială deoarece, pe de-o parte, reclamantii nu au formulat o asemenea cerere, deci instanța ar încălca principiul disponibilității (*extra petita*), iar, pe de altă parte, o cerere de revendicare implică verificarea titlurilor de proprietate, o operațiune ce poate fi efectuată numai în cadrul unei acțiuni de drept comun³⁷.

Referitor la condiția neprejudicării fondului, instanța observă că nici această condiție nu este îndeplinită, întrucât în procedura specială a ordonanței președințiale instanța nu poate analiza dacă a fost sau nu statutară adunarea generală din data de 29 septembrie 2012, prin urmare dacă a fost legală sau nelegală revocarea pârâtului din funcția de președinte al Asociației de P_____ reclamante³⁸.

Referitor la condiția neprejudicării fondului, instanța observa că nici această condiție nu este îndeplinită, întrucât, așa cum se observă din analiza cererii de emitere a ordonanței președințiale, reclamanta urmărește soluționarea pe fond a litigiului dintre

³⁴ Jud. Timișoara, *Sent. civ. nr. 2408/2013*, <http://www.rolii.ro/hotarari/577860c3a1387e7f5858e82c> accesat la data de 10 februarie 2017.

³⁵ Jud. Sectorului 1 București, *sent. civ. nr. 6380/2012*, <http://www.rolii.ro/hotarari/5777b7a09cc205d053467809> accesat la data de 16 februarie 2017.

³⁶ C. Ap. București, S. a IX-a civ. și prop. intel., confl. de mun. și asig. soc., *dec. nr. 91 din 13 ianuarie 2012*, portal.just.ro.

³⁷ CSJ, S. civ., *dec. nr. 2327 din 19 octombrie 1993*, publicată în B. Mischic, *op. cit.*, p. 7.

³⁸ Jud. Cluj Napoca, *Sent. civ. nr. 22827/2012*, <http://www.rolii.ro/hotarari/5776690fdd371f3f4300ed69> accesat la 14 februarie 2017.

părți respectiv a solicitat obligarea pârâtului la predarea către reclamanta a unor înscrisuri și a stampilei asociației de proprietari măsuri cu caracter definitiv, deci judecarea fondului dreptului³⁹.

III. Cazuri în care legea prezumă îndeplinirea condițiilor de admisibilitate

Legislația în vigoare conține o serie de reglementări care fac trimitere la dispozițiile ordonanței președințiale.

În aceste cazuri, cererea de emitere a ordonanței președințiale este admisibilă întrucât chiar legea prezumă aparența dreptului, caracterul provizoriu, urgența și neprejudecarea fondului, dispensând persoana interesată de obligația dovedirii lor⁴⁰.

În codul civil procedura ordonanței președințiale este aplicabilă în numeroase situații. Astfel, pe calea ordonanței președințiale se poate cere suspendarea hotărârilor și deciziilor emise de organele persoanei juridice care sunt contrare legii, actului de constituire ori statutului⁴¹; cererile referitoare la măsurile provizorii prevăzute de art. 255 C. civ. se soluționează conform dispozițiilor privitoare la ordonanța președințială; în condițiile arătate la art. 630 C. civ. referitor la depășirea inconvenientelor normale ale vecinătății, atunci când prejudiciul este iminent sau foarte probabil, instanța poate să încuviințeze, pe cale de ordonanță președințială, măsurile necesare pentru prevenirea pagubei; potrivit art. 1113 C. civ., pentru motive temeinice, la cererea oricărei persoane interesate, un succesibil poate fi obligat, cu aplicarea procedurii prevăzute de lege pentru ordonanța președințială, să își exercite dreptul de opțiune succesorală înăuntrul unui termen stabilit de instanța judecătorească, mai mic de 1 an; stabilirea de către instanță a termenului pentru acceptarea ofertei se face prin ordonanță președințială⁴²; în vederea garantării cheltuielilor necesare, gerantul are dreptul de a cere instanței, în urma unei expertize dispuse de aceasta cu procedura prevăzută de lege pentru ordonanța președințială, înscrierea în cartea funciară a unei ipotece legale, în condițiile legii⁴³; în conformitate cu art. 1592 C. civ., cel care a fost depozitat în mod nelegitim de un titlu la purtător nu îl poate împiedica pe debitor să plătească creanța celui care îi prezintă titlul decât prin comunicarea unei hotărâri judecătorești, în acest caz, instanța pronunțându-se pe cale de ordonanță președințială; în caz de neînțelegere asupra calității sau stării unei mărfi, instanța, la cererea uneia dintre părți, poate dispune, cu procedura prevăzută de lege pentru ordonanța președințială, constatarea stării acesteia de către unul sau mai mulți experți numiți din oficiu⁴⁴.

În Codul de procedură civilă, procedura ordonanței președințiale este aplicabilă în baza prevederilor cuprinse în art. 450 alin. (5) C. pr. civ., art. 574 alin. (1) C. pr. civ., art. 919 alin. (1) C. pr. civ., art. 967 alin. (1) C. pr. civ., art. 978 alin. (1) C. pr. civ., art. 1045 alin. (1) și (2) și art. 1046 alin. (2) C. pr. civ.

³⁹ Jud. Sect. 1 București, *Sent. civ. nr. 5441/2014*, <http://www.rolii.ro/hotarari/5776699fdd371f3f430103a6> accesat la data de 13 februarie 2017.

⁴⁰ D.M. Gavriș, *op. cit.*, p. 576.

⁴¹ Art. 217 C. civ.

⁴² Art. 1278 C. civ.

⁴³ Art. 1337 alin. (4) C. civ.

⁴⁴ Art. 1979 alin. (4) C. civ.

PROCEDURA RIDICĂRII SECHESTRULUI ASIGURĂTOR DUPĂ SOLUȚIONAREA DOSARULUI PENAL POTRIVIT PROCEDURII CIVILE

*Mariana STAN**

Abstract:

The article analyses the procedure of lifting the precautionary seizure after the definite criminal ruling, the ways of erasing the precautionary seizure from the land registry of the apartment house, the competent courts, locus and legal basis that is kept in sight.

Keywords: *precautionary seizure, erasing seizure, locus, competent court*

O problemă des întâlnită în practica instanțelor judecătorești actuale este procedura ridicării sechestrului asigurător instituit asupra bunurilor inculpaților, bunuri mobile sau imobile, prin ordonanțe ale parchetului, menținute de către instanțele de judecată până la rămânerea definitivă a dosarului penal și ulterior, în cazul bunurilor imobile, notate în cartea funciară la solicitarea instanței de judecată, precum și procedura radierii sechestrului asigurător, la solicitarea inculpatului, după finalizarea dosarului penal.

Practic, printr-o ordonanță reprezentantul Ministerului Public, în cursul urmăririi penale, instituie sechestrul asigurător asupra bunurilor inculpatului în limita prejudiciului din dosarul cauzei pentru indisponibilizarea bunului pentru ca inculpatul să nu înstrăineze bunul și în acest mod să își diminueze activul patrimonial.

Măsurile dispuse în cadrul urmăririi penale de către procuror, sau a cercetării judecătorești de către instanță, au ca scop garantarea executării obligațiilor patrimoniale după soluționarea dosarului penal și a acțiunii civile în cadrul procesului penal pentru repararea pagubei produse prin infracțiune până la concurența valorii probabile a pagubei. Această măsură este, de regulă, menținută prin sentințele și deciziile penale pronunțate în dosare, în situația condamnării până la acoperirea integrală a prejudiciului stabilit de către instanța de judecată.

Ordonanța, în vederea instituirii sechestrului, privind bunurile imobile, de obicei, se comunică Biroului de Carte Funciară din circumscripția teritorială unde se află bunul, spre a fi notată în partea a-III-a cărții funciare, la sarcini, de către procurorul de caz, sau de către judecător. După terminarea cercetărilor judecătorești, în situația condamnării, judecătorul dispune, din oficiu, notarea sentinței sau deciziei pentru a se proceda la recuperarea prejudiciului cauzat prin săvârșirea infracțiunii sau a infracțiunilor pentru care este cercetat și apoi condamnat inculpatul. De remarcat este faptul că încheierea prin care se instituie sechestrul asupra bunurilor, în practică, rareori se comunică sau foarte târziu, în mare parte datorită birocrăției de care avem parte și chiar dacă este achitată suma indicată în sentință sau decizie, judecătorul, din nefericire, prin exces de zel, va lua aceeași decizie de a transmite către Oficiul de cadastru și publicitate imobiliară solicitarea de a se nota instituirea sechestrului potrivit sentinței sau deciziei pronunțate în

* Avocat Mariana Stan, Baroul București, e-mail: av.marianastan@gmail.com

cauză, iar în același timp organele fiscale instituie sechestrul asupra bunurilor mobile aflate în proprietatea inculpatului condamnat.

O situație des întâlnită în practică este aceea ca în cazul în care inculpatul înțelege să achite tot prejudiciul din dosarul penal, se pune întrebarea cum se poate ridica sechestrul asigurător instituit? Și de aici încep problemele de procedură.

Chiar dacă este achitat prejudiciul și se depune dovada achitării, eventual și decizia ANAF privind ridicarea măsurilor de executare ca urmare a încetării executării silită prin care se motivează stingerea integrală a obligațiilor fiscale în sarcina debitorului-inculpat potrivit O.U.G. nr. 92/2003, apoi se solicită Oficiului de cadastru și publicitate imobiliară ridicarea sechestrului asigurător, ca urmare a stingerii tuturor obligațiilor fiscale de plată, care decurg din dosarul penal, acest lucru nu este posibil întrucât, potrivit Regulamentului Oficiului de cadastru și publicitate imobiliară și a prevederilor art. 907 C. civ., radierea notării și ridicarea sechestrului pot fi efectuate doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă, care să constate faptul că nu mai sunt întrunite condițiile de existență inițiale, avute în vedere la momentul notării sechestrului în cartea funciară.

Așadar, singura soluție este promovarea unei acțiuni la instanța civilă, întemeiată pe dispozițiile art. 956 alin. (1) C. pr. civ., care prevede că instanța poate dispune ridicarea sechestrului asigurător în situația în care debitorul dă creditorului garanții îndestulătoare, care raportat la prevederile art. 252⁴ alin. (4) NCPP, sau ale art. 168 alin. (3) C. pr. pen. din 1968, potrivit cărora, după soluționarea definitivă a procesului penal, cererile privitoare la măsurile asigurătorii se soluționează potrivit legii civile.

Competența teritorială aparține judecătoriei locului situării bunului imobil asupra căruia a fost dispusă măsura sechestrului asigurător.

Cine sunt participanții a unei asemenea cauze? Unii s-ar gândii că Oficiul de cadastru și publicitate imobiliară are calitate, lucru fals, întrucât această instituție nu are calitate procesuală pasivă.

Acțiunea trebuie promovată în fața unei instanțe civile, în contradictoriu cu Statul Român, prin Ministerul Finanțelor Publice, întrucât acesta este cel care răspunde, în litigii, în numele Statului Român, are calitate procesuală pasivă, fiind titularul obligației de a răspunde în raportul juridic dedus judecății, potrivit dispozițiilor art. 25 din Decretul nr. 31/1954 și ale art. 3 pct. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 34/2009 privind organizarea și funcționarea Ministerului Finanțelor Publice prin care se stipulează că Ministerul Finanțelor reprezintă Statul, ca subiect de drepturi și obligații, în fața instanțelor, precum și în orice alte situații în care acesta participă nemijlocit, în nume propriu, în raporturi juridice, dacă legea nu stabilește în acest scop un alt organ.

Jurisprudența în materie, prin cererile adresate în dosarele în care sunt parte, a arătat că reprezentanții Ministerului Finanțelor solicită judecarea unei astfel de cauze în contradictoriu cu organul care a instituit sechestrul și invocă excepția lipsei calității procesuale pasive, inadmisibilitatea unei astfel de cereri, sau necesitatea judecării dosarului de către o instanță penală, lucruri care sunt complet eronate, întrucât judecarea cauzei de către o instanță civilă nu conduce la încălcarea competenței penale și nici a autorității de lucru judecat, așa cum se susține în mod constant¹ de către reprezentanții acestui minister, care de fiecare dată încearcă să distorsioneze sensul textului de lege.

¹ Dosar nr. 6195/2/2015.

Un alt participant al cauzei este Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice a Județului sau Municipiului – Administrația Finanțelor Publice în funcție de județ, care poate fi chemat în judecată, având calitate procesuală pasivă, întrucât acesta este organul fiscal care a emis actele de executare pentru recuperarea sumelor potrivit sentinței sau deciziei definitive pronunțate, de regulă, în dosarele penale și care are atribuții privind efectuarea formalităților de executare silită.

Cauza, nu poate fi judecată decât și în contradictoriu cu organul de urmărire penală care a dispus instituirea sechestrului, acesta, fără a avea interes în menținerea măsurii asigurătorii câtă vreme s-a făcut dovada achitării debitului și stingerea obligațiilor fiscale, chiar dacă acest lucru se face doar pentru opozabilitate, fiind cunoscut faptul că Ministerul Public nu are calitate procesuală pasivă, fiind doar organul care a dispus instituirea măsurii sechestrului, care însă s-a desesizat odată cu sesizarea instanței de judecată cu rechizitoriul penal, astfel că interesul în menținerea sau ridicarea măsurilor asigurătorii nu îi mai aparține lui, ci creditorilor în beneficiul cărora au fost instituite și organului fiscal competent. Chiar și așa unele instanțe solicită citarea acestuia în calitate de pârât², în situația în care partea interesată nu solicită judecarea cauzei în contradictoriu și cu acesta.

Dovada achitării integrale a obligațiilor fiscale se face cu chitanțele emise de către organele fiscale, certificat fiscal sau decizia emisă de către ANAF privind ridicarea măsurilor de executare ca urmare a încetării executării silite prin stingerea obligațiilor fiscale.

În dosar mai trebuie introduse și părțile civile din dosarul penal soluționat, în situația în care instanța penală a hotărât, în mod definitiv ca inculpatul să plătească acestora vreo sumă de bani, acestea fiind îndreptățite să facă apărări în ceea ce privește solicitările reclamantului-debitor, iar în situația în care nu s-a făcut dovada achitării sumelor stabilite către aceștia prin hotărâre, să se solicite respingerea acțiunii promovate în acest mod.

După pronunțarea hotărârii civile de admitere a unei cereri de ridicare a sechestrului asigurător instituit, instanța, la cererea reclamantului inculpat, sau persoana interesată personal, în situația în care nu a solicitat instanței inițial, poate solicita Biroului de carte funciară, în baza hotărârii definitive, radierea sechestrului asigurător din partea a-III-a a Cărții Funciare deschisă cu privire la imobilul proprietatea inculpatului, ca urmare a achitării tuturor obligațiilor care derivă din hotărârile care sunt puse la dispoziția instituției menționate.

Așadar, chiar dacă a fost achitat întregul prejudiciu, precum și celelalte obligații de plată într-un dosar penal, chiar dacă Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice a dispus ridicarea măsurii de executare asupra bunurilor mobile, de exemplu, asupra unui autoturism, întrucât aceasta a constatat faptul că au fost stinse obligațiile fiscale de plată, în ceea ce privește bunurile imobile, Oficiul de cadastru și publicitate imobiliară, prin Biroul de Carte Funciară din raza teritorială unde se află bunul, nu poate dispune radierea sechestrului asigurător, decât în baza unei hotărâri definitive potrivit prevederilor art. 907 C. civ., care să constate achitarea tuturor obligațiilor derivate din hotărârile de condamnare.

Astfel, pot fi contestate în fața instanței civile măsurile asigurătorii instituite în cursul dosarului penal, după soluționarea definitivă a acestuia, fapt care nu presupune

² Dosar nr. 8478/3/2015

punerea în discuție a legalității și temeiniciei măsurilor dispuse, ci doar verificarea împrejurării dacă scopul pentru care au fost instituite a fost atins și dacă se mai justifică menținerea acestora cât timp obligațiile fiscale la care a fost obligat reclamantul inculpat au fost achitate, instanța putându-se pronunța și asupra radierii sechestrului din cartea funciară în condițiile admiterii cererii principale, mai ales că potrivit art. 956 alin. (1) C. pr. civ., instanța poate dispune ridicarea sechestrului asigurator, potrivit dovezilor de achitare a obligațiilor care derivă din hotărâre.

ACTIVITATEA DE VOLUNTARIAT LA 10 ANI DE LA ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ

Daniel ASSAD M.*

Abstract:

Romanias' integration into the European Union has meant an up to dateness factor on the volunteering activity, both from the legal point of view and from a social one too. Nevertheless, a majore feature in this matter hass been represented by this activity's impact upon the public area and the way in which the public authorities have cooperated with the volunteering entities. In the current paper, I would like to point out the causes and needs as bases of the volunteering activity, as well as the legal effects the volunteering agreement produces within the public area. Not in the last time, I will also state the legal steps which may be done in this matter.

Keywords: *Volunteering activity, volunteering contract, legal framework, cooperation with authorities, social impact*

I. Considerații generale

Activitatea de voluntariat nu este una tocmai nouă în România. Aceasta s-a dezvoltat foarte mult în ultima decadă, datorită modificărilor de ordin social, juridic și politic, care s-au produs pe fundalul principal al aderării țării noastre la Uniunea Europeană. Această evoluție a fost marcată de mai mulți factori, printre care și aceia legați de nevoia unor entități, independente de autoritățile publice și de cele politice, de a răspunde unor solicitări imperative ale societății.

Factorii, care au favorizat dezvoltarea activității de voluntariat, sunt destul de variați, oscilând în principal între deficiențele sociale, marcate de neajunsurile de ordin financiar, care s-au remarcat în ultima perioadă de timp, la diverse instituții publice, finanțate de la bugetul de stat.

Am precizat, că această activitate nu este una nouă. România a avut o bogată experiență în acest domeniu, încă din perioada pre-decembristă, când angajaților în câmpul muncii le erau impuse, de către regimul autoritar al acelor vremuri, anumite activități, pe care aveau să le efectueze în mod benevol, neremunerat. Este vorba despre așa-zisa „muncă voluntară”, impusă în anumite domenii de activitate.

Este cunoscut faptul că, indiferent de modul de organizare a acestei activități, în prezent, aceasta a urmat o evoluție firească a lucrurilor în concordanță cu schimbările societății și cu necesitățile stringente ale acesteia, la care cetățenii au admis să contribuie.

Integrarea României în Uniunea Europeană a influențat în mod remarcabil dezvoltarea entităților focalizate pe activitatea de voluntariat și, mai mult decât atât, a făcut să crească, într-un mod considerabil, numărul acestora. Acest aspect nu poate să fie decât îmbucurător, pe fundalul finanțării tot mai precare a unor sectoare publice de activitate, precum cel sanitar, educațional, artistic, cultural, sportiv, al asigurărilor sociale, al protecției drepturilor omului etc. Aceste deficiențe nu pot fi acoperite decât de

* Volunteer, Centrul CE Direct România, e-mail: daniel.assad@yahoo.com

o activitate constantă și comună, venită din partea grupurilor de inițiativă independente, organizate fie în organizații non-guvernamentale, fie în asociații, care nu urmăresc obținerea unui profit. În practică, ambele forme de organizare au același scop urmărit încă de la înființare, anume acela de a nu obține profit. Referitor la aceste forme de manifestare a activităților de voluntariat voi reveni în cuprinsul prezentei lucrări.

Este firesc ca o activitate de ordin public, care nu poate să-și ducă la îndeplinire obiectivele impuse ca misiune instituțională, să fie suplimentar sprijinită de alte entități private, organizate în scopul de a „ajuta” ceea ce statul, prin autoritățile sale, nu poate să finanțeze. Pentru aceste carențe de ordin financiar, statul a găsit o soluție, reglementată juridic, constând în aceea de a facilita partenerilor privați, ONG-uri sau asociații non-profit, de a lua parte la procesul de îndeplinire a misiunii instituțiilor publice, despre care am relatat mai sus.

II. Cadrul legal

Procesul legiferării activității de voluntariat din țara noastră s-a subsumat unei tendințe europene comune, unui efort susținut al tuturor statelor membre ale Uniunii Europene de a înregistra unele performanțe în domenii din cele mai vaste ale vieții socio-educative. Aceasta a fost, de fapt, tendința manifestată la nivel european, care s-a accentuat gradual în anii '90, ocazie cu care Comisia Europeană a luat în considerare unele acțiuni, axate pe activități de tineret, cu scopul de a promova mobilitatea acestora, toleranța, educația și, mai presus de toate, cetățenia activă în întreg spațiul european¹.

Pentru a transpune în legislația internă principalele idei promotoare, care aveau să caracterizeze activitatea de voluntariat din țara noastră, au fost avute în vedere o serie de documente legislative adoptate la nivel european. Acesta a fost momentul de debut al reglementării, în forma sa modernă, nouă și inovatoare, a acestui tip de activitate².

Fără să facem abstracție de impulsurile europene, modalitățile de soluționare a unor nevoi imperative ale societății, văzute ca artificiu juridic, la care am făcut referire mai sus, ca bază legală de sprijinire a acelor sectoare publice de activitate unde nu se poate desfășura activitatea instituțională în mod firesc, își găsesc suportul legal în dispozițiile Legii nr. 78/2014³. Acest act normativ a abrogat vechea reglementare legală în domeniu, drept modalitate de adaptare a noilor realități sociale la cerințele vieții publice și private⁴.

În sens legal, activitatea de voluntariat a fost privită ca „o activitate de interes public, desfășurată din proprie inițiativă de orice persoană fizică, în folosul altora, fără a primi o contraprestație materială”⁵. Se poate observa, la o primă lectură, că definiția dată de legiuitorul anterior activității de voluntariat este una cât se poate de incompletă și

¹ A se vedea Adolfova I., Bere I., Gregorova A. B. ș.a., *The EVSification Manual*, Cluj-Napoca, 2016, p. 13.

² Alături de cadrul legal de la nivel European, care a fost transpus în legislația națională din România, au fost implementate o serie de programe de referință pentru acest domeniu. Dintre acestea, cele mai cunoscute sunt „Youth for Europe”, program care a fost implementat în anul 1998. A fost urmat de „Youth in Action” în anul 2007 și de „Erasmus Plus” în 2014, toate acestea având aplicabilitate în domeniul educației, tineretului și sportului.

³ Legea nr. 78/2014 privind reglementarea activității de voluntariat în România a fost publicată în M. Of. nr. 469 din 26 iunie 2014.

⁴ Legea nr. 195/2001 republicată în M. Of. nr. 276 din 25 aprilie 2007.

⁵ *Ibidem*, art. 2 alin. (1) lit. a).

imprecisă, dat fiind faptul că, pe de-o parte, activitatea nu este prestată de o persoană fizică în favoarea altei persoane fizice, așa cum s-ar putea interpreta din textul citat, iar pe de altă parte, activitatea pe care o discutăm în prezenta lucrare presupune mai mult decât atât, de exemplu semnarea unui contract de voluntariat de către prestator și beneficiar cu toate consecințele juridice care decurg din acesta.

Acestea sunt, așadar, în linii mari, câteva argumente, care au făcut posibilă modificarea legislativă în acest domeniu, argumente care au fost completate cu alte aspecte legate de tehnica legislativă și de faptul că multe prevederi erau căzute în desuetudine.

În principiu, autoritățile locale erau beneficiarele de drept ale serviciilor din activitățile de voluntariat, ceea ce a permis o mai mare limită în asigurarea exercitării serviciilor publice în folosul cetățenilor. Mai mult decât atât, cetățenii, membri ai comunităților locale, au conștientizat că a sosit timpul să se organizeze în forme asociative fără scopul de a obține profit.

Din aceste motive, legiuitorul a considerat oportun să abroge dispozițiile legale anterioare în materie, prin adoptarea noii legi privind activitatea de voluntariat din anul 2014. Practic, cu această ocazie, „*statul român recunoaște valoarea socială a activităților de voluntariat ca expresie a cetățeniei active, a solidarității și responsabilității sociale ...*”⁶. Este vorba despre un principiu de bază al organizării și exercitării activității de voluntariat din țara noastră, dând posibilitatea indivizilor, persoane fizice, să răspundă nevoilor sociale, din anumite domenii de activitate, prin organizarea de activități de voluntariat, atât la nivel local, cât și la nivel național sau chiar internațional.

III. Principiile de bază

În cadrul activității de voluntariat, pe care legea română o reglementează, își găsesc aplicabilitate unele principii de bază, care fac posibilă derularea contractului de voluntariat. Între acestea, legiuitorul a acordat o valoare esențială principiului interesului public al activității, principiului desfășurării acestei activități în mod neremunerat, principiului liberului consimțământ exprimat, principiului nediscriminării și al egalității de tratament în desfășurarea acestei activități. Toate aceste principii formează un tot unitar, astfel încât ele nu trebuie privite izolat, independent unele de altele. Acest aspect ține de esența faptului că numai privite și respectate împreună dau valoarea cuvenită activității de voluntariat, la care se face referire în prezenta lucrare.

Alături de valoarea socială, pe care legiuitorul a înțeles să o acorde activității de voluntariat⁷, alte principii de bază își găsesc locul în acest domeniu.

Activitatea prestată se bazează pe participarea ca voluntar a persoanei fizice, participare care este una de interes public și face să dezvolte sau să realizeze interesele publice ale beneficiarului acestor activități. Mai mult decât atât, activitatea prestată este una neremunerată, ceea ce presupune că nu există o contraprestație bănească sau materială, în general, în sensul dispozițiilor art. 159 C. mun., tocmai datorită faptului că în cazul contractului de voluntariat nu își găsesc incidența dispozițiile din Codul muncii⁸.

⁶ Art. 2 alin. (1) din Legea nr. 78/2014 privind reglementarea activității de voluntariat în România.

⁷ *Idem*.

⁸ Legea nr. 53/2003 privind Codul muncii, republicată în M. Of. nr. 225 din 31 martie 2011.

Un alt principiu, care stă la baza desfășurării activității de voluntariat, este acela al liberului consimțământ exprimat al persoanei care prestează activitate de voluntariat. Acest consimțământ face obiectul contractului de voluntariat, despre care voi discuta detaliat la secțiunea următoare.

De asemenea, implicarea activă a voluntarului în viața comunității stă la baza efectuării activităților de voluntariat, ceea ce presupune că persoana voluntarului știe și consimte să participe activ la orice fel de activități, care sunt în folosul comunității locale din care face parte sau la care s-a angajat în baza acordului de voință liber exprimat la încheierea contractului de voluntariat.

Nu în ultimul rând, participarea voluntarilor se face în baza principiului egalității de șanse și tratament, fără niciun fel de discriminare a celor implicați activ în activitățile alese. Dispozițiile referitoare la discriminare au în vedere interzicerea oricăror forme de privilegii și discriminări în exercitarea drepturilor cetățenilor, așa cum acestea sunt reglementate juridic⁹.

Dacă mai sus a fost discutată acea categorie de principii, care se aplică la nivel macro-, general, nu trebuie să uităm acele principii care se aplică minimal, la nivelul individului și care țin de aspectul personal-psihologic al persoanei care prestează activitate de voluntariat.

Autocunoașterea personală, descoperită de fiecare individ, este una dintre principalele atribuții și trăsături de caracter, care definesc în cele din urmă finalitatea acestei activități¹⁰. Cunoașterea de sine este așadar importantă în măsura conștientizării acesteia de către persoana care se angajează în activitatea de voluntariat, deoarece, numai în felul acesta, voluntarul poate să întreprindă anumite activități, față de care exprimă unele competențe și abilități, fiind astfel conștient de rezultatele așteptate. În caz contrar, acesta nu poate să aibă aștepte anumite rezultate, peste puterea sa de organizare și disciplină în acțiune, dacă acestea nu concordă cu pregătirea sa psihică și intelectuală, cu randamentul pe care este capabil să îl dea vizavi de o situație dată.

În literatura de specialitate s-a conturat opinia, potrivit căreia asupra individului se formează o cultură psihologică orientată spre autocunoaștere, care la rândul-i conturează unele elemente esențiale psihologice, care trebuie analizate¹¹. În aceeași ordine de idei și având în vedere momentele esențiale psihologice, „*criteriile psihologice intră în discuție, în mod deosebit, la îndeplinirea cu rea-credință ... a îndatoririlor de serviciu*”¹². Chiar dacă este vorba despre o activitate neremunerată, activitatea de voluntariat trebuie supusă rigorilor bunei-credințe, atunci când se face o evaluare a muncii prestate. Din acest motiv, aceste aspecte implică o bună cunoaștere a argumentelor psihologice, care pot duce în cele din urmă la îndeplinirea cu rea-credință sau la neîndeplinirea sarcinilor¹³.

Un alt aspect legat de această activitate este dat de faptul că persoana „*trebuie să aibă un nivel ideologic ridicat, o concepție reală despre lume și societate, temelia unei*

⁹ O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată în M. Of. nr. 166 din 7 martie 2014.

¹⁰ A se vedea Adolfova I., Bere I., Gregorova A. B. ș.a., *The EVSification Manual*., Cluj-Napoca, 2016, p. 15.

¹¹ A se vedea Magherescu D., *Deontologia punctiei publice*, Ed. Sitech, Craiova, 2005, p. 133.

¹² *Idem*.

¹³ *Ibidem*, pp. 133-134.

juste orientări în soluționarea cazurilor ..."¹⁴. Este adevărat, că o bună cunoaștere a societății în care trăim face o mai bună aplicare practică a cunoștințelor dobândite despre viață și societate, fără a avea eșecuri de niciun fel. Elementele psihologice se interferează inevitabil cu o gândire solidă, riguroasă, bine dezvoltată, ce reprezintă, într-un final, principalul instrument de care se folosește voluntarul în exercitarea activității.

Un alt element consacrat ca principiu de bază al acestei activități este acela al oportunității de a lucra cu oamenii și de a încerca lucruri noi¹⁵. Este adevărat, că cele mai multe proiecte de implementat în domeniile de interes pentru acest gen de activitate sunt posibile printr-o interacțiune cu oameni, dat fiind faptul că aceste activități vin în sprijinul oamenilor.

IV. Contractul de voluntariat

Așa cum am precizat deja în cuprinsul acestei lucrări, activitatea de voluntariat are ca bază legală încheierea unui contract de voluntariat. Regimul juridic al acestui contract este dat de prevederile Legii nr. 78/2014 privind reglementarea activității de voluntariat în România¹⁶.

În materia încheierii contractului de voluntariat se aplică dispozițiile de drept civil referitoare la contracte speciale. Potrivit acestora, trebuie îndeplinite, în mod cumulativ, două condiții pentru valabilitatea unui contract. Este vorba despre capacitatea deplină de exercițiu a persoanei fizice care încheie contractul și de consimțământul valabil exprimat necesar pentru ca persoana fizică să fie parte a raportului juridic.

Prin definiție, contractul este „*actul juridic, care trebuie încheiat între două sau mai multe persoane, care se obligă să coopereze în scopul desfășurării unei activități ...*”¹⁷. Acesta ar fi sensul restrâns al definiției date contractului juridic, care interesează prezentului studiu, știindu-se faptul că una dintre părțile care încheie acordul de voință este o persoană fizică, iar cealaltă parte este o persoană juridică¹⁸.

Așadar, revenind la condițiile de validitate ale contractului de voluntariat, prima condiție se referă la vârsta persoanei fizice, care încheie contractul de voluntariat¹⁹. Aceasta trebuie să aibă capacitate deplină de exercițiu, care se dobândește la vârsta de 18 ani. Dar, în materie de voluntariat, pentru că, în principal, este vorba despre a presta o activitate, incidente în cauză sunt dispozițiile Codului muncii, potrivit cărora persoanele fizice dobândesc capacitate deplină de a încheia un contract de muncă la împlinirea vârstei de 16 ani²⁰. Vizavi de aceste dispoziții, trebuie precizat faptul că acestea nu trebuie interpretate în sensul în care persoana fizică dobândește capacitate juridică deplină de exercițiu la împlinirea vârstei de 16 ani, ci doar că aceasta dobândește

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ A se vedea Adolfova I., Bere I., Gregorova A. B. ș.a., *The EVSification Manual*, Cluj-Napoca, 2016, pp. 15-16.

¹⁶ Art. 3 lit. d) din Legea nr. 78/2014 privind reglementarea activității de voluntariat în România prevede că „*contractul de voluntariat reprezintă convenția încheiată între un voluntar și organizația-gazdă, în temeiul căreia prima parte se obligă să presteze o activitate de interes public, fără a fi remunerată, iar cea de-a doua se obligă să ofere o activitate adecvată solicitării sau pregătirii voluntarului*”.

¹⁷ A se vedea Magherescu D., *The company contract in light of the new legal provisions*, în vol. *The New Romanian Civil Code, two years after its entry into force*, MEDIMOND, Bologna, 2013, p. 186.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 188-189.

²⁰ Art. 13 alin. (1) C. mun.

capacitate deplină exclusiv în domeniul dreptului muncii, adică de a încheia contracte în câmpul muncii.

În aceeași ordine de idei, dacă persoanei fizice îi este permis să încheie contracte juridice de muncă, în sensul prevederilor Codului muncii, începând cu vârsta de 16 ani, atunci la aceeași vârstă persoana fizică are dreptul de a încheia și contracte de voluntariat.

Pe de altă parte, contractul de voluntariat are un caracter consensual, ceea ce înseamnă că consimțământul liber exprimat al persoanei care se obligă la momentul încheierii contractului este suficient pentru realizarea acordului de voință al părților contractante. Legea privind activitatea de voluntariat prevede expres, că acest contract se încheie, în mod obligatoriu, în formă scrisă, aceasta fiind o condiție de validitate la încheierea acestuia. Și Codul muncii prevede, că contractul se încheie în baza consimțământului părților, în formă scrisă și în limba română²¹. Dar, spre deosebire de condiția consimțământului, care este necesară *ad validitate*, în dreptul muncii forma scrisă a contractului este cerută *ad probationem*. În ceea ce privește contractul de voluntariat, prevederile legale cer respectarea formei scrise, ca o condiție *ad validitatem*, pentru ca părțile să poată cunoaște drepturile și obligațiile pe care le au și, totodată, pentru a evita interpretările eronate ale clauzelor contractuale. Așadar, din interpretarea dispozițiilor legale în materie, se poate aprecia, că lipsa formei scrise atrage nulitatea absolută a contractului de voluntariat, deci lipsirea acestuia de eficiență juridică, iar nu doar dificultatea de a proba unele aspecte din conținutul contractului, așa cum se întâmplă în cazul contractului de muncă. Am considerat, că se impune o paralelă între contractul de muncă și contractul de voluntariat, deoarece am precizat, la începutul acestei secțiuni, că cel din urmă ar fi o degenerescență a primei categorii de contract.

Un alt caracter definitoriu pentru contractul de voluntariat îl constituie faptul că acesta este un contract numit, ceea ce presupune existența obligației de a face, obligație care se execută în natură²². Contractul de voluntariat se încheie între voluntar și organizația-gazdă, iar încheierea contractului stabilește cadrul juridic în limitele căruia se va organiza și se va desfășura activitatea de voluntariat.

Legea privind desfășurarea activității de voluntariat în România prevede o serie de drepturi și obligații pentru părțile contractante. Între acestea, cele mai importante drepturi ale voluntarului se referă la desfășurarea activității cu respectarea disponibilității și priceperii acestuia, dreptul la protecția datelor cu caracter personal, dreptul de a i se elibera certificatul de voluntariat, care să ateste acțiunile la care a participat voluntarul.

Totodată, voluntarului îi revin unele obligații, în conformitate cu dispozițiile art. 13 alin. (1) lit. a)-e): să presteze munca pentru care a consimțit în contractul de voluntariat și aceasta să fie neremunerată, să aibă o conduită corespunzătoare pentru activitatea prestată, să respecte obligația de confidențialitate a informațiilor la care are acces în legătură cu munca prestată.

²¹ *Ibidem*, art. 16 alin. (1) C. mun.

²² Spre deosebire de contractual de voluntariat, care este în esență unul neoner, contractual de muncă prevede, între clauzele sale, atât obligația angajatului de a presta munca, cât și contraprestația, la care este obligat angajatorul, constând în plata salariului către angajat. Din acest considerent, contractual de muncă are un caracter sinalagmatic, prin aceea că dă naștere la obligații reciproce între părți și are un caracter comutativ, decurgând din caracterul oneros al acestuia.

Nerespectarea acestor obligații atrage răspunderea juridică a voluntarului, care poate îmbrăca forme diferite, funcție de gradul de pericol social al faptelor săvârșite. Cea mai puțin severă poate fi răspunderea civilă, care să atragă sancțiuni pecuniare, iar cea mai gravă dintre acestea ar fi răspunderea penală, dacă sunt dovezi din care să se constate, că a fost săvârșită o infracțiune.

De asemenea, contractul de voluntariat va conține drepturile și obligațiile organizației-gazdă, așa cum rezultă din prevederile legii privind voluntariatul²³.

V. Concluzii

Conectarea activității de voluntariat la domenii de maxim interes al vieții sociale, precum educația, cultura, sportul, sănătatea, constituie un reper important în găsirea beneficiilor și a impactului, care sunt un rezultat al unor astfel de colaborări.

În primul rând, trebuie să fie avute în vedere, alături de beneficiile persoanelor cărora aceste activități li se adresează, și rezultatele pozitive, de care se bucură voluntarii înșiși. Este vorba despre faptul că aceștia capătă o experiență în diversele domenii în care activează, nu doar cu privire la noțiunile teoretice, cât mai ales la cele de natură practică.

Cele mai mari câștiguri se referă la faptul că voluntarii pot să se bucure de oportunitatea de a lucra cu oamenii și pentru oameni, de a încerca și de a descoperi lucruri noi, șansa de a implementa proiectele personale, dezvoltarea unor competențe și abilități personale.

Dar, dincolo de toate aceste beneficii, cel mai important este acela potrivit căruia, voluntarii au posibilitatea de a-și dezvolta aptitudinile și de a dobândi experiența necesară ulterior în domeniul profesional. Am putea, de asemenea, concluziona, că activitățile de voluntariat, la care o persoană participă, îi oferă acestuia un impact personal asupra orientării în cariera profesională.

Deopotrivă, beneficiile activității de voluntariat se înregistrează și cu privire la organizația-gazdă, acestea ajută la îndeplinirea misiunii organizației, crește calitatea proiectelor, dezvoltă noi idei, mărește influența organizației respective în cadrul comunității locale, contribuie la îmbunătățirea și dezvoltarea de noi proiecte.

²³ Art. 14 prevede următoarele obligații ale organizației-gazdă: „a) dreptul de a stabili organizarea și funcționarea activității de voluntariat; b) dreptul de a iniția conținutul fișei de voluntariat, pe care o adaptează la solicitarea și pregătirea voluntarului, precum și la tipul de activități de voluntariat desfășurate de către organizația-gazdă; c) dreptul de a exercita controlul asupra modului de implementare a fișei de voluntariat prin coordonatorul de voluntari; d) dreptul de a constata abaterile voluntarului, raportate la clauzele stabilite în contractul de voluntariat, fișa de voluntariat și/sau în fișa de protecție a voluntarului.”

RESTRÂNGEREA NEGOCIERII COLECTIVE. UN DIAGNOSTIC

Raluca DIMITRIU*

Abstract:

This paper explores the theme of collective bargaining, based on the finding that it tends to narrow its scope to the benefit of individual negotiation. Among the causes of restricting collective bargaining are considered: globalization, detailed legislating, the pressure of consumers or the opposition of the individual employee. These trends have repercussions on the entire branches of law, resulting in an expansion of individual labor law, to the detriment of the collective one.

Keywords: *collective bargaining, individual negotiation, labour law*

1. Preliminarii

Negocierea colectivă a constituit încă de la începutul secolului XX piatra de temelie a dreptului muncii. De altfel, particularitatea acestei ramuri de drept o constituie faptul că, în loc să-și găsească izvorul exclusiv în lege, ea are ca izvor și contractul colectiv de muncă. Natura duală a izvorului dreptului muncii este cea care a conferit dintotdeauna identitate acestei ramuri de drept.

Potrivit art. 51 alin. (5) din Constituția României, „dreptul la negocieri colective în materie de muncă și caracterul obligatoriu al convențiilor colective sunt garantate”. Prin această dispoziție, România își respectă obligațiile ce decurg din ratificarea Convențiilor Organizației Internaționale a Muncii (cu deosebire Convenția nr. 87/1948 asupra libertății sindicale și protecției dreptului sindical și Convenția nr. 98/1949 referitoare la dreptul de organizare și negociere colectivă). În cuprinsul negocierii colective, salariații au posibilitatea ca, unindu-și forța de negociere, să contra-balanseze puterea superioară a angajatorului, impunându-i acceptarea (unora dintre) revendicări și reglementarea contractuală echitabilă a salariilor și condițiilor de muncă, în raport cu posibilitățile și nevoile fiecărei părți.

Dincolo însă de aceste premise, există un univers întreg de nuanțe. În plan teoretic, discursul european neo-liberal a început să pună sub semnul întrebării însăși valoarea socială a negocierii colective, socotind-o mai degrabă o frână în calea dezvoltării economice.

În prezent, nu putem să nu observăm că negocierea colectivă are într-adevăr limite, unele conjuncturale, altele permanente. Aceste limitări ale negocierii colective exercită un puternic efect de restrângere (contractare) a acesteia. Negocierea colectivă se desfășoară tot mai timid, în domenii mai degrabă marginale, tinzând să acopere prin rezultatele ei un număr mai mic de salariați. Expresie tradițională a solidarității între lucrători, negocierea colectivă și-a diminuat din vigoare și manifestă o tendință centrifugală, de descentralizare.

* Cercetător științific gr. I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e_mail: rdimitriu100@gmail.com.

Sfera de reglementare rezervată contractelor colective de muncă tinde a se reduce, acestea fiind folosite (ca „instrument defensiv”) doar pentru suplimentarea drepturilor consacrate legal. Exemplul românesc este edificator din acest punct de vedere: noua Legea dialogului social a eliminat Contractul colectiv de muncă la nivel național și a redus rolul contractelor colective în general¹.

Iar efectele sunt devastatoare. Spre exemplu, pe perioada crizei economice, proporțiile salariilor au scăzut, iar excedentul brut de exploatare a crescut, ceea ce conduce direct la concluzia că, de fapt, criza a fost absorbită în principal de către salariați². Unde s-a aflat negocierea colectivă în acest proces? Odată balanța dezechilibrată, tendința este de dezechilibrare mai accentuată.

Contractarea negocierii colective nu se manifestă numai sub aspectul categoriilor de lucrători reprezentați la negociere, ci și din punctul de vedere al temelor de negociere. În ceea ce privește sistemul nostru de drept, aici limitarea negocierii este evidentă, mai cu seamă în sectorul bugetar, unde tema principală – salariile și celelalte drepturi bănești – este exclusă expres de la negociere.

2. Cauze ale tendinței de restrângere a negocierii colective

a) Globalizarea

Negocierea colectivă presupune din start o anumită echivalență de forță. Acesta și este rolul ei: angajatorul ar putea fi mai puternic în plan individual, dar în raport cu toți (sau majoritatea) salariaților din companie, balanța devine relativ echilibrată.

Problema este că astăzi adesea raportul de forțe nu arată așa. Puterea este integral în mâna angajatorului, și chiar dacă salariații acționează în colectiv, ei nu pot reechilibra această balanță. Dacă angajatorul are, spre exemplu, opțiunea relocării unității într-o altă țară, orice echilibru de forțe la negociere devine iluzoriu. Și atunci, negocierea nici nu mai este negociere, deoarece armele celor două părți nu mai sunt comparabile, iar compromisul devine apanajul uneia singure dintre părți. Ce compromis ar putea face salariații atunci când au ajuns la minimul drepturilor lor? Revendicările se transformă în simple solicitări supuse îngăduinței angajatorului.

«Aceasta este oferta noastră, ar putea spune angajatorul. Dacă o refuzați vom reloca întreprinderea într-o țară unde o astfel de ofertă să fie bine primită». Firește, un astfel de discurs nu poate fi întotdeauna susținut: există costuri, deloc mici, de relocare, nivelul de competență a forței de muncă nu este același pe toate piețele, iar în unele industrii relocarea chiar nu este posibilă.

Dar este evident că globalizarea îi oferă angajatorului un avantaj la negocierea colectivă, pe care nu îl avea anterior. Cu un discurs ca cel redat anterior, dialogul încetează să mai fie o negociere, ci este doar îndeplinirea unei obligații formal impuse de lege.

¹ Astăzi, unele sindicate românești raportează chiar re-orientarea dinspre negocierea colectivă spre oferirea de servicii individuale către membri. Aurora Trif, *Dialogul social în timpul crizei economice: Supraviețuirea negocierilor colective în sectorul industrial din România*, 2015, p. 40.

² A se vedea, L. Chivu, C. Ciutacu, R. Dimitriu, T. Țiclea, *Impactul reformelor legislative asupra relațiilor industriale din România*, Biroul Internațional al Muncii, Departamentul de relații Industriale și Ocupare, Echipa de Asistență tehnică privind Munca Decentă, Biroul de Țară pentru Europa Centrală și de Est – Budapesta, OIM 2013, p. 37.

b) Legiferarea detaliată

Atunci când partenerii sociali își diminuează forța, una dintre primele reacții sociale este legiferarea. Dacă salariații și sindicatele lor nu au destulă putere pentru a-i impune în mod direct angajatorului recunoașterea anumitor interese, o poate face direct legea. Cu cât reglementările sunt mai detaliate, cu atât rămâne mai puțin loc pentru contractele colective de muncă, mai ales într-un sistem care nu admite derogarea de la lege decât în avantajul salariaților.

Și, firește, salariații sunt electorat. În această calitate, ei pot deveni interesați pentru Putere, care le poate conferi o serie de drepturi în mod direct (scurtcircuitând negocierea colectivă) pe calea actelor normative. Mai mult decât atât, devine astfel mai productiv pentru liderii de sindicat să se implice în lupta politică mai mult decât în cea a raporturilor colective de muncă, deoarece poate fi mai ușor să discuți cu Guvernul decât în propriul angajator.

Dar și aici apare o problemă: politizarea mișcării sindicale duce mai devreme sau mai târziu la decredibilizarea ei. Asocierea cu un partid politic sau altul poate fi fructuoasă numai pe termen scurt.

Iar legiferarea nu poate *de plano* atinge nuanțele unui contract colectiv, adaptat în mod specific intereselor celor care l-au negociat. În plus, cel mai probabil, preluarea în textul legii a normelor dintr-un contract colectiv se face incomplet (iar cel mai semnificativ exemplu pentru cazul României este tocmai Contractul colectiv de la nivel național, ale cărui clauze nu au fost preluate decât în parte de legislație, la momentul în care s-a renunțat la el).

Poate fi menționată în acest context și o anumită caracteristică a contractelor colective încheiate la noi: se observă cum instrumentul negocierilor colective nu a fost întotdeauna exploatat creativ; multe contracte colective de la nivel de ramură/sector mărginindu-se să reproducă dispozițiile cuprinse în lege, sau în Contractul colectiv unic de la nivel național, atunci când era în vigoare, sau să perpetueze dispoziții contractuale mai vechi. Negocierea colectivă se mărginește să conducă la prelungirea de termene, adăugarea de zile la concediu, drepturi superioare, dar pe exact aceeași arhitectură deja propusă de lege, contracte colective superioare sau contracte colective mai vechi. Așa se face ca anumite clauze, altminteri utile și ușor de acceptat și de către angajatori, să lipsească în cele mai multe contracte colective. Ar putea fi vorba, pentru a da doar un exemplu, prevederea unui preaviz la concediere dependent de vechimea în unitate (și, deci, fidelitatea față de aceasta), sau accentuarea obligației de formare profesională a salariaților, pe cheltuiala angajatorului.

Deși teoretic legislația muncii este tot rezultatul unui proces de negociere și ar trebui să implice largi consultări cu partenerii sociali, în fapt ea constituie expresia unei opțiuni politice, decuplată adesea de orice formă de dialog social.

c) Raporturile dintre lucrători

Uneori, negocierea colectivă, în loc să conducă la accentuarea solidarității între lucrători, are drept efect slăbirea acesteia. Pentru că ceea ce salariații obțin prin negocierea colectivă nu este întotdeauna o „victorie” asupra angajatorului, ci asupra altor salariați. Negocierea colectivă nu este întotdeauna un regulator al raporturilor dintre

muncă și capital, ci constituie adesea un mijloc de redistribuție a resurselor între lucrători.

Un exemplu: impunerea criteriilor sociale de selecție a salariaților, în cazul concedierii colective. O astfel de prevedere cuprinsă în contractul colectiv de muncă nu va face ca numărul de salariați concediați să fie mai mic, ci doar ca anumiți salariați să fie concediați cu prioritate, față de alții. Se negociază astfel o anume distribuție a dezavantajului între lucrători, protejându-i pe unii și expunându-i pe alții; angajatorului ar putea să nu suporte în mod direct niciun dezavantaj.

Astfel, cu prilejul negocierii colective, în locul clasicei întrebări «cine va câștiga – lucrătorii sau angajatorul?», vom avea de a face cu o altă întrebare: «care dintre lucrători vor câștiga și care vor pierde?»

Realitatea pe care s-a construit dreptul colectiv al muncii este omogenitatea de interese la locul de muncă. Or, aceasta tinde să înceteze odată cu diversificarea modalităților de angajare și a categoriilor contractuale. Astfel, există un „nucleu greu” al salariaților stabili, înconjurat de o masă de lucrători precari, marginali, care nu beneficiază întru totul de fructele negocierii (mulți neavând propriu-zis contracte de muncă, ci varietăți de aranjamente contractual, cu o natură juridică incertă).

Negocierea colectivă nu mai cuprinde, ca urmare, ansamblul lucrătorilor din companie, deoarece o importantă parte din aceștia au interese proprii, diferite sau chiar ireconciliabile cu ale colegilor lor³ (pe care, pe fondul disoluției solidarității de care vorbeam mai sus, adesea nici nu îi mai percep propriu-zis drept „colegi”).

Într-adevăr, lucrătorii nu se mai găsesc în raporturi divergente numai cu angajatorul, dar și (iar uneori chiar în principal) cu ceilalți lucrători, aparținând ai aceluiași stat sau ai unor alte state membre ale Uniunii Europene. Libertatea de circulație a persoanei și libertatea de stabilire a serviciilor fac ca lucrătorii să nu mai aibă numai facultatea de a desfășura munca pe teritoriul unui anumit stat membru, ci pe teritoriul oricărui alt stat membru, iar când numărul locurilor de muncă este limitat, iar șomajul în creștere, fiecare se află în concurs acerb cu orice alt lucrător european. Dacă salariați care lucrează pentru același angajator se percep adesea drept concurenți, o astfel de poziționare este încă și mai accentuată atunci când este vorba despre lucrători ai altor angajatori, aparținând ai altor sisteme de drept, eventual supuși unor alte reglementări legislative.

Cauza C-341/05 *Laval*⁴ este emblematică pentru profunzimea diferențelor dintre interesele lucrătorilor din vechile, respectiv din noile state membre și a constituit (într-un moment în care Uniunea Europeană încă nu se confrunta cu marile dileme care o marchează astăzi) un prim semnal de alarmă cum că, sub aparența unei Europe unite,

³ Semnalăm totuși că această tendință, resimțită la nivele superioare, este mai puțin evidentă în România – la nivel de unitate, datorită principiului aplicabilității *erga omnes* a contractului colectiv de muncă (rezultat al negocierii colective), principiu care supraviețuiește și sub imperiul Legii nr. 62/2011.

⁴ Pentru o analiză detaliată a speței *Laval*, precum și pentru un examen al abordărilor din dreptul comparat, referitoare la această speță, și al consecințelor ei de perspectivă, a se vedea, pe larg, M. Banu, *Despre raportul dintre acțiunea colectivă a sindicatelor, pe de o parte, și exercitarea unei libertăți fundamentale din Tratatul CE, inclusiv privind detașarea de lucrători, pe de altă parte. Observații pe marginea hotărârilor CJCE în cauzele C-438/05, Viking și C-341, Laval*, în „Revista Română de Drept Comunitar” nr. 4/2008, p. 130-170, R. Dimitriu, *Discriminare versus diversitate în dreptul comunitar al muncii*, în „Revista Română de Dreptul Muncii”, nr. 2/2009, p. 24-39.

bazată pe solidaritate și într-ajutorare, sălășluiesc ascunse deosebiri de interese, complexe și poate chiar un anumit dispreț. Și aceasta cu mai mult de un deceniu înainte de Brexit.

Pe un alt plan, multiplicarea modalităților de angajare și a categoriilor de lucrători (salariați angajați cu contracte atipice, lucrători dependenți economic, lucrători independenți etc.) a amplificat raporturile concurențiale dintre aceștia și a mutat centrul de greutate al activității sindicale.

Ar putea constitui o soluție extinderea negocierii colective? O negociere mai largă, care să nu îi cuprindă doar pe salariați, ci și pe ne-salariați, ridicând standardele de protecție ale acestora și diminuând această competiție „negativă”?

Multe sisteme europene de drept au început să admită sindicalizarea altor categorii de lucrători decât salariații, bunăoară a lucrătorilor dependenți economic: Austria, Danemarca, Germania, Irlanda, Italia, Lituania, Olanda, Suedia sau Marea Britanie. Iar unele sisteme au mers chiar mai departe de atât; bunăoară în Spania se recunoaște dreptul la negocieri colective al jurnaliștilor, chiar dacă nu au calitatea de salariați.

Tot astfel, în Germania, legea prevede expres dreptul la negociere colectivă nu numai salariaților, dar și „cvasi-salariaților”, anume lucrătorilor independenți formal, dar dependenți economic.

Totuși, negocierea colectivă a ne-salariaților se izbește de o serie de obstacole de principiu, începând chiar cu reprezentativitatea celor care ar negocia în numele unor lucrători al căror raport juridic este marcat tocmai prin unicitate. În plus, foarte semnificativ, negocierea colectivă nu ar putea acoperi lucrătorii care sunt independenți atât juridic, cât și economic, după cum a apreciat Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-413/13, deoarece altminteri s-ar aduce atingere art. 101 alin. (1) din Tratatul pentru Funcționarea Uniunii Europene⁵.

d) Presiunea consumatorilor

Atunci când revendicările sindicale privesc toți salariații unității, astfel încât avantajarea unora nu este obținută pe seama dezavantajării altora, ci salariații solicită – și obțin – drepturi superioare aplicabile tuturor, la prima vedere s-ar părea că angajatorul este cel care va avea de plătit prețul concesiilor făcute cu prilejul negocierii colective.

⁵ Potrivit acestui text, „sunt incompatibile cu piața internă și interzise orice acorduri între întreprinderi, orice decizii ale asocierilor de întreprinderi și orice practici concertate care pot afecta comerțul dintre statele membre și care au ca obiect sau efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței în cadrul pieței interne și, în special, cele care:

(a) stabilesc, direct sau indirect, prețuri de cumpărare sau de vânzare sau orice alte condiții de tranzacționare;

(b) limitează sau controlează producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică sau investițiile;

(c) împart piețele sau sursele de aprovizionare;

(d) aplică, în raporturile cu partenerii comerciali, condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial;

(e) condiționează încheierea contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte astfel acestora un dezavantaj concurențial;

(e) condiționează încheierea contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte”.

Nu este așa. Chiar și în aceste cazuri, costurile acceptării revendicărilor vor fi mai probabil suportate de către consumatori (care ar putea fi la rândul lor tot lucrători în aceeași măsură dezavantajați economic ca cei în numele cărora s-a negociat), decât de către angajator. Astfel, unele rezultate ale negocierii colective percepute drept succese de către lucrători pot fi privite cu reticență de către consumatori, clienți, public larg. Lucrătorii sunt și ei consumatori; când prețul se reportează asupra acestora din urmă, avantajul primilor va fi doar aparent.

În cazul în care negocierea eșuează, se va declanșa un conflict colectiv, care este în general văzut ca generator de costuri. Deși orice întrerupere a producției este evident prejudiciabilă, adesea pentru ambele părți, nu trebuie pierdut din vedere că nici ajungerea la un acord nu este lipsită de costuri. Căci dacă spre exemplu o grevă va afecta nu numai părțile conflictului colectiv, dar și terții (spre exemplu, consumatorii), tot astfel ajungerea la un compromis și încheierea unui contract colectiv s-ar putea repercuta asupra costurilor de producție și, mai departe, asupra prețurilor, afectând astfel consumatorii (așadar, din nou, terții).

3. Opoziția salariatului-individ

Negocierea colectivă, dacă este încununată de succes, conduce la încheierea unui contract colectiv de muncă, ce va avea aplicabilitate *erga omnes* la nivel de unitate și aplicabilitate relativă la nivele superioare. De la prevederile acestui contract colectiv, salariații nu vor putea deroga, cu prilejul negocierii individuale, decât în sensul consacrării unor drepturi superioare; derogarea *in pejus* este interzisă în România. Contractul colectiv de muncă produce asupra contractelor individuale de muncă încheiate în câmpul său de aplicare – un efect normativ.

Altfel spus, libertatea contractuală colectivă este străjuită de limitele impuse de lege, așa cum libertatea contractuală individuală este străjuită de limitele impuse de contractul colectiv de muncă.

Posibilitatea de a deroga *in pejus* de la prevederile legii prin contractul colectiv și de la prevederile contractului colectiv prin cel individual poartă numele de drept de „opt out” și constituie o consacrare explicită a libertății contractuale. În dreptul nostru, această posibilitate este recunoscut cu un singur prilej, anume în ceea ce privește durata perioadei de referință în raport cu care se stabilește limita maximă de 48 de ore pe săptămână. Astfel, art. 114 alin. (3) și (4) C. mun. consacră dreptul ca, prin negocieri colective, să se prevadă o perioadă de referință mai îndelungată decât cea legală (derogându-se, așadar, în dezavantajul salariaților). Această valență recunoscută negocierii colective este singulară în dreptul nostru, și ea a fost posibilă ca efect al transpunerii Directivei 2003/88 privind anumite aspecte ale organizării timpului de lucru.

Cu această unică excepție, derogarea în dezavantajul salariaților este interzisă în dreptul nostru. Dar există situații în care această interdicție ar putea fi totuși privită cu rezerve, spre exemplu:

atunci când interesele individuale nu se suprapun perfect peste cele colective. Astfel, este posibil ca un salariat, în plan individual, să nu fie interesat de o clauză de stabilitate negociată de către sindicat în schimbul unui nivel de salarii inferior celor la care altminteri salariații s-ar fi putut aștepta. Un anume salariat ar putea fi neinteresat de menținerea locului de muncă o perioadă prestabilită de timp, dar interesat în obținerea

unui salariu mai mare. În plan individual, el ar putea solicita un salariu superior, dar chiar dacă ar vrea să renunțe la ea, clauza de stabilitate îi este oricum aplicabilă. Tot astfel, criteriile de selecție cu caracter social negociate colectiv pentru ipoteza unei concedieri colective ar putea să nu corespundă intereselor unui anume salariat, care nu îndeplinește condițiile sociale respective; atunci când o clauză a contractului colectiv de muncă are caracter bilateral, cuprinzând drepturi pentru ambele părți. Spre exemplu, atunci când angajatorul face o anumită concesie salariaților, în schimbul unei concesi reciprocă a acestora. În dreptul francez, astfel de clauze sunt socotite indivizibile, deci ele vor trebui considerate în ansamblu ca mai favorabile sau mai puțin favorabile salariatului, în raport cu toate elementele constitutive⁶. În dreptul nostru, analiza nu se face global, ci pe fiecare componentă, fiecare renunțare sau concesie în parte ce vine dinspre salariați – fiind nulă, fără ca această nulitate să atragă neapărat și nulitatea concesi reciprocă din partea angajatorului. Această abordare se repercutează firește asupra negocierii colective însăși, care se va desfășura într-o marjă mai îngustă de libertate.

Legiuitorul încearcă astfel să privilegieze negocierea colectivă în raport cu cea individuală, obiectiv legitim față de profilul general al dreptului muncii. Și, tot în mod legitim, contractul colectiv de muncă tratează lucrătorii ca membrii ai colectivității, ceea ce le absoarbe identitatea; el nu este orientat spre așteptările individuale, ci se raportează la colectivitate, care abstractizează lucrătorul.

Numai că salariatul-individ ar putea fi înclinat să opună rezistență față de acest sistem. Iar consecința o poate constitui tocmai lipsa sa de implicare în susținerea negocierii colective, cu efecte ce se pot multiplica, în cascadă.

4. Concluzii

Cultura negocierii colective se dezvoltă în timp și are, în orice sistem de drept, rădăcini în tradiția tipului de comunicare practicat, al istoriei relațiilor sociale și al modului în care au alternat episoadele de parteneriat cu cele de conflict, în planul dialogului patronat – sindicate. Întreprinderea este spațiul unei democrații industriale, guvernată printr-o „Constituție” a locului de muncă – anume contractul colectiv de muncă. Iar garanția bunei guvernări industriale este buna credință la negociere.

Dar astăzi, pentru motive ca cele expuse mai sus, scopul negocierii colective tinde a se îngusta, în beneficiul negocierii individuale. Aceasta îl plasează pe lucrător izolat în fața angajatorului, o izolare dictată uneori de specificitatea intereselor sale (care nu mai sunt întotdeauna aceleași cu ale colegilor), iar alteori de imposibilitatea juridică de solidarizare.

Nu e vorba despre faptul că negocierea colectivă nu ar mai fi utilă, la fel de utilă ca întotdeauna pentru salariați, ci despre faptul că anumite evoluții sociale au efecte obstructive asupra acesteia. Iar tendințele centrifugale și de contractare a negocierii colective pot periclita însăși ramura dreptului muncii în ansamblu.

⁶ „Curtea de casație s-a îndepărtat de metoda analitică pentru a aplica o metodă de apreciere mai globală”. A se vedea, pentru un examen jurisprudențial pe acest subiect, P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, LGDJ, Paris, 2005, p. 319.

NECESITATEA UNOR REGLEMENTĂRI CORESPUNZĂTOARE A FORMELOR DE MUNCĂ ATIPICĂ ÎN ROMÂNIA

Dan ȚOP*

Abstract:

Atypical work is basically grounded on employment contracts of a particular type and it may exist a multitude of conventions regulating the employment relationship different from the standard form. This includes various contractual forms: fixed-term employment contracts, the part-time, temporary work or the home, tele-work, work under the contract of zero hours etc. We do not propose an analysis of these contractual terms, but capturing aspects that highlight the need for appropriate regulations in this regard. Such rules may cover both the provisions supplement of the Labour Code or relevant normative acts, but also the development of new legislation.

Keywords: *standard work, atypical employment, precarious employment*

Munca atipică se referă la „relațiile de muncă neconforme modelului standard sau «tipic» al muncii cu normă întreagă, prestate regulat, sub incidența unui contract încheiat pe perioadă nedeterminată, cu un singur angajator”¹. Munca atipică se definește deci negativ, ca fiind munca ce nu corespunde definiției muncii standard, iar în doctrina juridică din România este considerată „întemeiată în esență prin contracte de muncă de tip particular, definite ca fiind categorii ale contractului individual de muncă, având caracteristici proprii. Ele constituie – toate, sub aspecte diferite – excepții de la regula contractului individual de muncă tipic și pe durată nedeterminată”².

Munca atipică include³ cele mai diverse forme contractuale: contractele de muncă pe durată determinată, cele cu timp parțial, munca temporară sau cea la domiciliu, tele-munca, munca în baza contractului de zero ore etc. Astfel, poate exista o multitudine de convenții care să reglementeze o relație de muncă diferită de forma standard sau de formele atipice cunoscute și de cele mai multe ori reglementate în legislație (de exemplu: contractul de muncă al asistentului maternal profesionist⁴ sau al asistentului personal al persoanei cu handicap⁵).

Cea mai cunoscută ipostază de muncă atipică, contractul de muncă pe durată determinată, reglementat de art. 82-87 C. mun., în actuala formulă legislativă acesta se

* Prof. univ. dr., Universitatea „Valahia” din Târgoviște; cercetător asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; e-mail: top.dan@gmail.com.

¹ Ștefan Guga, *Munca atipică în România*, Ed. Next Publishing, București, 2016, p. 7.

² Monica Gheorghe, *Contract individual de munca de tip particular*, în I.T. Ștefănescu (coord.), *Dicționar de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, pp. 129-130.

³ Raluca Dimitriu, *Dreptul muncii. Anxietăți ale prezentului*, Ed. Rentrop & Straton, București, 2016, p. 91.

⁴ Ana Ștefănescu, *Munca la domiciliu și telemunca. Drept intern și comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 127.

⁵ Dan Țop, *Dreptul securității sociale*, ed. a II-a, Ed. Zvem, Târgoviște, 2016, p. 374.

încadrează în condițiile vulnerabilitate ale muncii precare⁶. Dispozițiile art. 82 alin. (4) care prevăd că „între aceleași părți se pot încheia succesiv cel mult 3 contracte individuale de muncă pe durată determinată” și art. 82 alin. (5) că „sunt considerate contracte succesive și nu pot avea o durată mai mare de 12 luni fiecare” cele încheiate în termen de 3 luni de la încetarea unui contract de muncă pe durată determinată nu prevăd nicio sancțiune pentru nerespectarea numărului maxim de contracte de muncă ce se pot încheia, cât și depășirea limitei de timp. Chiar dacă instanțele de judecată constată o situație contrară textelor de lege invocate, nu pot obliga angajatorul la încheierea unui contract de muncă pe durată nedeterminată. În aceste condiții s-ar impune adoptarea unei dispoziții legale care să prevadă obligativitatea angajatorului de a transforma contractul individual de muncă pe durată determinată într-un contract individual de muncă pe durată nedeterminată.

Cât privește munca temporară, deși în doctrină⁷ s-a apreciat că Directiva 2008/104/CE privind munca prin agent de muncă temporară, are un grad mai mare de cuprindere, putând fi agent de muncă temporară și o persoană fizică, în legislația noastră nu există o asemenea prevedere ceea ce determină o serie de neajunsuri, cum este cazul exercitării profesiei de bonă.

Legea nr. 167/2014 privind exercitarea profesiei de bonă⁸ prevede că se poate face în două modalități: prin încheierea cu o persoană juridică a unui contract individual de muncă sau ca persoană fizică autorizată, în baza unui contract de prestări servicii încheiat cu reprezentantul legal al copilului. Cu privire la contractul individual de muncă al persoanei care urmează să desfășoare activitatea în calitate de bonă apreciem că nu poate fi încheiat direct cu reprezentantul legal al copilului, în calitate de angajator, ci va trebui ca persoana în cauză să încheie potrivit art. 87 alin. (1) C. mun., un contract de muncă temporară⁹ cu un agent de muncă temporară, urmând a fi pus la dispoziția utilizatorului, care într-o asemenea situație este reprezentantul legal al copilului.

Din acest punct de vedere se poate afirma că Legea nr. 167/2014 cuprinde o limitare a capacității juridice¹⁰, a persoanei fizice a încheia un contract individual de muncă cu o altă persoană fizică, în calitate de angajator, pentru a exercita profesia de bonă.

Prin încheierea unui contract individual de muncă cu un angajator autorizat (persoană juridică), cel care va exercita profesia de bonă va avea calitatea de salariat temporar, urmând a încheia un contract individual de muncă cu un agent de muncă temporară, pentru a fi pus la dispoziția utilizatorului pe perioada misiunii de muncă care nu poate depăși, în conformitate cu art. 90 alin. (2) C. mun., 36 de luni, cu tot cu prelungirile succesive. Așa cum s-a menționat în doctrină „este un contract *pro causa*, respectiv pentru realizarea unei anumite misiuni determinate în mod precis ori a unui tip de misiuni”¹¹.

⁶ Raluca Dimitriu, *Conceptul de „muncă precară” și implicațiile sale în reglementarea raporturilor de muncă*, în Curieul Judiciar nr. 2/2012, p. 117.

⁷ Alexandru Țiclea, *Noi norme ale Uniunii Europene*, în Revista română de dreptul muncii, nr. 1/2009, pp. 11-26.

⁸ Publicată în M. Of. nr. 922 din 16 decembrie 2014.

⁹ Cu privire la contractul de muncă temporară a se vedea: Alexandru Țiclea, *Particularități ale contractului de muncă temporară*, în Revista română de dreptul muncii, nr. 10/2014, pp. 15-22.

¹⁰ Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ed. a VIII-a, revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 404.

¹¹ I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic...*, op. cit., p. 530.

Exercitarea activității de bonă se poate face atât la domiciliul sau reședința copilului, care în accepțiunea legii (art. 4 alin. (1) lit. c) este „locul unde reprezentantul legal al copilului la care acesta locuiește în mod statornic sau locul unde reprezentantul legal al copilului declară că își are locuința” sau la domiciliul sau reședința bonei, potrivit legii (art. 4 alin. (1) lit. d), fiind „locul unde aceasta declară că își are locuința principală sau secundară conform Codului civil”.

Pierderea calității de bonă în condițiile art. 9 din Legea nr. 167/2014, respectiv, respectiv pierderea calității de a profesa ca urmare a: incapacității stării sănătății sale sau a membrilor familiei, survenirea unei condamnări penale, decăderea din drepturile părintești, dependență de substanțe psihotrope sau stupefiante retragerea atestatului de asistent maternal, constituie motive care poate conduce la încetarea contractului.

Cumul de funcții, respectiv un contract pe timpul zilei și un altul pe timp de noapte nu ar fi posibil deoarece prevederile art. 3 din Legea nr. 167/2014 sunt categorice, bona poate desfășura activități numai pe timpul zilei.

Apreciem că în privința persoanei care desfășoară activitatea de bonă, în calitate de salariat temporar nu îi este aplicabilă dispoziția art. 99 C. mun. cu privire la continuarea muncii salariatului temporar, în sensul că la încetarea misiunii salariatul temporar poate încheia cu utilizatorul un contract individual de muncă, acest lucru nefiind posibil potrivit Legii nr. 167/2014.

Deoarece o persoană fizică poate recurge la serviciile unei bone, prin încheierea unui contract de prestări servicii (civil), fie recurgând la un agent de muncă temporară, fără a avea posibilitatea de a încheia un contract individual de muncă în calitate de angajator, situație care poate fi înlăturată, prin reglementarea, în mod expres, contractului individual de muncă al bonei, așa cum s-a procedat în cazul asistentului maternal profesionist.

Telemunca, considerată munca viitorului, deși reglementată expres în multe state europene, nu cunoaște o reglementare de sine stătătoare și în România. Așa cum s-a subliniat în doctrină¹² digitalizarea muncii tinde să modifice structural modul în care aceasta este organizată juridic.

În legislația română a muncii nu există nicio reglementare referitoare la telemuncă, totuși s-a apreciat¹³ că reprezintă o formă de desfășurare a muncii recentă, caracterizată prin faptul că salariatul își desfășoară activitatea, cu regularitate în afara sediului angajatorului, utilizându-se tehnologiile informatice aflate în legătură cu rețeaua informatică a angajatorului¹⁴.

Telemunca a primit în România doar definiții pe cale doctrinara. De exemplu. a fost definită ca: „o formă de organizare și/sau de prestare a muncii în condițiile tehnologiilor moderne ale informației, pe baza unui contract sau a unei relații de munca, în care munca se desfășoară de regula – în afara întreprinderii”¹⁵ sau ca „o forma de desfășurare a muncii care se caracterizează prin faptul ca activitatea – comparabila cu cea realizata de un salariat la sediul angajatorului – se prestează, cu regularitate de un salariat, în afara acestui sediu – la domiciliul salariatului sau în alt loc – utilizându-se tehnologiile informatice aflate în legătura cu rețeaua informatica a angajatorului”.

¹² R. Dimitriu, *Dreptul muncii. Anxietăți ale prezentului*, op. cit., p. 445.

¹³ D. Țop, *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2015., p. 35.

¹⁴ O. Macovei, *Conținutul contractului individual de muncă*, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 178.

¹⁵ Andrei Popescu, *Dreptul internațional și european al muncii*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 403.

În doctrina juridică s-a susținut că „această specie de contract de muncă ar constitui un contract numit, grefat pe contractul individual de muncă la domiciliu”¹⁶, opinie care, în lumina normelor cuprinse în legislația muncii, apare ca eronată¹⁷. Într-adevăr, până în prezent, nu există o reglementare legală sau convențională care să vizeze – de sine stătător – regimul juridic aplicabil tele-muncii. Ca atare, prin prisma legislației române a muncii, se poate vorbi despre un contract nenumit care împrumută, prin analogie, anumite reglementări proprii contractului de muncă la domiciliu.

Contractul individual privind telemunca este un contract individual de muncă cu caracter special care se identifică¹⁸ uneori cu contractul individual de muncă la domiciliu, datorită faptului că locul muncii este domiciliul telesalariatului sau orice alt loc ales de el¹⁸.

Un fel de varietate¹⁹ a contractului de muncă la domiciliu – modalitate flexibilă de organizare a muncii – o constituie, ca regulă, și „telemunca”, desfășurată în baza unui contract de muncă, prin utilizarea de tehnologii informatice aflate în legătură cu rețeaua informatică a angajatorului.

Este firesc ca înainte de consacrarea convențională, sau și ulterior acesteia, legiuitorul să reglementeze el însuși elementele specifice contractului individual de muncă având ca obiect telemunca. S-ar răspunde, astfel, unor cerințe presante ale practicii social-juridice.

În esență deci, până la o viitoare reglementare legală, contractele individuale de muncă – realizate pe calea telemuncii – se pot încheia în România, chiar și în prezent, în temeiul legislației de drept comun a muncii, avându-se în vedere principiul libertății contractuale.

Cu toate acestea considerăm necesar reglementarea unui astfel de contract individual de muncă și în legislația noastră, eventual prin completarea capitolului IX din Codul muncii privitor la munca la domiciliu.

S-a spus că „apar drept necesare reguli specifice aplicabile lucrătorilor atipici, croite cu luarea în considerare a vulnerabilității lor”²⁰, cum este cazul celor care prestează diferite activități pentru alte persoane fizice, de regulă la domiciliul acestora din urmă, cunoscuți sub denumirea de salariați casnici.

Convenția 189/2011 a Organizației Internaționale a Muncii privind personalul casnic, neratificată de România, intrată în vigoare în 2013, care urmărea să diminueze abuzurile împotriva personalului casnic și exploatarea acestora și cere statelor să adopte măsuri pentru ca munca decentă să devină realitate pentru personalul casnic, nea dat prilejul să arătăm că „că la nivelul statelor membre, fie lipsesc din reglementarea internă dispoziții privind munca salariatului casnic, fie că dacă există, asemenea prevederi sunt extrem de variate, și se impune, chiar dacă Comisia Europeană îndeamnă statele membre să ratifice Convenția, elaborarea unei Directive în domeniu, care să tindă armonizarea legislațiilor statelor membre cu privire la salariatul casnic”²¹.

¹⁶ A. Cioriciu Ștefănescu, *Forme de prestare a muncii la domiciliu*, în *Revista română de dreptul muncii*, nr. 3/2008, pp. 67-88.

¹⁷ I.T. Ștefănescu, *Tratat...*, op. cit., p. 329.

¹⁸ A. Ștefănescu, *Munca la domiciliu și telemunca*, op. cit., p. 191.

¹⁹ B. Vartolomei, *Dreptul muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 191.

²⁰ R. Dimitriu, *Dreptul muncii. Anxietăți ale prezentului*, op. cit., p. 88.

²¹ D. Țop, *Necesitatea unei reglementări la nivel european privind personalul casnic*, în *Suplimentul Revistei Române de Drept European*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2013, p. 180.

Deoarece legislația în vigoare nu conține dispoziții speciale cu referire la acest salariat²², în doctrină s-au evidențiat²³ unele particularități față de contractul individual de muncă obișnuit.

Reglementarea legală a muncii personalului casnic „se poate efectua fie printr-o completare a Codului muncii în acest sens, fie pe calea adoptării unui act normativ special având drept obiect statornicirea muncii personalului casnic.... Regimul juridic legal aplicabil acestui contract va fi determinat de normele de drept comun al muncii ca și de normele specifice acestui tip de contract individual de muncă. Așadar, vor fi aplicabile cele două categorii de norme juridice, așa cum este cazul și în toate celelalte contracte individuale de muncă de tip particular”²⁴.

Deoarece numai persoana juridică poate încadra zilieri conform art. 1 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 52/2011 privind exercitarea unor activități cu caracter ocazional desfășurate de zilieri²⁵ sau în calitate de bonă potrivit art. 7 din Legea nr. 167/2014 privind exercitarea profesiei de bonă²⁶ ar fi de dorit, așa cum judicios s-a susținut în doctrină, ca și zilierii²⁷ și, așa cum am arătat în cele ce preced, chiar bonele²⁸ să poată lucra și ca personal casnic.

Nici alte forme flexibile care presupun munca atipică nu se bucură de o reglementare corespunzătoare în legislația românească, ca de exemplu contractul de zero ore (denumit și *on call* – la solicitare), care presupune ca salariatul să nu fie prezent zilnic la serviciu, angajatorul fiind cel care îi solicită prezența, dacă consideră necesar, „față de salariatul încadrat cu o fracțiune de normă cel care lucrează pe baza unui contract de zero ore nu are nicio reprezentare asupra numărului de ore pe care urmează să le presteze într-o anumită lună”²⁹. Lipsa unor reglementări corespunzătoare face ca instanțele românești „să interpreteze astfel de contracte ca aparținând uneia dintre categoriile reglementate de contracte de muncă atipice”³⁰, respectiv ca un contract individual de muncă în timp parțial.

Există în practică numeroase alte convenții care au ca obiect munca atipică, iar reglementarea acestora potrivit regulilor Codului civil nu este cea mai bună soluție, de altfel Codul fiscal³¹ în vigoare nici nu le mai amintește, iar doctrina a subliniat că „este vădit nefiresc și total inutil să existe două noțiuni distincte, și anume: contractul individual de muncă și, respectiv, convenția civilă de prestări de servicii (ca substitut al

²² O. Ținca, *Comentarii despre contractul individual de muncă al angajatului casnic*, în *Revista română de dreptul muncii*, nr. 3/2006, pp. 39-47.

²³ D. Țop, *Tratat... op. cit.*, pp. 29-35.

²⁴ I.T. Ștefănescu, *Reglementarea legală a muncii personalului casnic – un imperativ de actualitate certă*, în *Dreptul* nr. 12/2014, p. 183.

²⁵ Publicată în M. Of. nr. 276 din 20 aprilie 2014, cu modificările și completările ulterioare.

²⁶ Publicată în M. Of. nr. 922 din 16 decembrie 2014.

²⁷ I.T. Ștefănescu, *Reglementarea legală a muncii personalului casnic – un imperativ de actualitate certă*, art. cit., p. 181.

²⁸ D. Țop, *Tratat... op. cit.*, p. 32.

²⁹ R. Dimitriu, *Dreptul muncii. Anxietăți ale prezentului*, op. cit., p. 132.

³⁰ *Ibidem*, p. 131.

³¹ Codul fiscal a fost actualizat prin O.U.G. nr. 3/2017, publicată în M. Of. nr. 16 din 6 ianuarie 2016.

contractului individual de muncă)...caracterul așa-zis «civil» al «convențiilor» ...este, în realitate, o pură ficțiune”³².

Înlăturarea tuturor acestora neajunsuri considerăm că s-ar putea face fie prin completarea Codului muncii sau a actelor normative incidente în materie, fie prin elaborarea unor acte normative noi.

³² Ș. Beligrădeanu, *Cu privire la posibilitatea încadrării legale în muncă, în prezent, în temeiul statornicirilor în vigoare prin întocmirea unei convenții civile de prestări servicii în local încheierii unui contract individual de muncă*, în *Dreptul* nr. 12/2013, p. 248.

SPECIFICITATEA DIALOGULUI SOCIAL ÎN CONTEXTUL ACTUAL

Lidia SECELEANU*

Abstract:

“The work, the embodiment of the dignity of each of us, manifests itself by creating dialogue, meant to prevent the conflicts.

Ulpian talks about the science of law and Celsus about the art of law. The dialogue in general, in life, and in labor law is science and art. The way in which the dialogue is done depends on many factors among which the politics plays a major role. The dialogue is part of EU social policy.

At the legislative and conceptual level everything is very well done, what is sadder in factual reality is how the dialogue is promoted effectively. There is much talk about the concept, but little is done. The mechanisms are well known, but the efficiency and practical reality are far from being satisfactory.

Often, within the bodies for achieving the dialogue, what interests the human factor is remuneration, income supplements and less fulfilling aims, wishes for peace and social efficiency.

We can talk too little about an altruistic conscience and really well-intended in achieving peace by harmonizing the interests of the three actors (representatives of trade unions, employer's association, state) involved in achieving the dialogue in the field of labor relations”.

Keywords: social dialogue, social partners, good faith, collective bargaining, social peace

Dialogul este definit în DEX-ul limbii române ca fiind convorbirea între două sau mai multe persoane. Termenul derivă din latinescul *dialogus*. El este și un procedeu literar specific genului dramatic, epic, fabulei ... Dreptul trebuie să fie și el o artă, esența sintetizată de Celsus în celebra sa definiție dată dreptului. Ulpian vorbește despre știința dreptului iar Celsus despre arta dreptului. Dialogul în genere, în viață, precum și în dreptul muncii este știință și artă.

Felul în care dialogul se realizează depinde de o multitudine de factori între care și politicul are un rol major. La nivel internațional, OIM a adoptat convenții referitoare la dialogul social:

- Convenția 87/1948 privind libertatea sindicală și protecția dreptului sindical¹;
- Convenția 98/1949 privind dreptul la organizare și negociere colectivă – Convenția 144/1976 privitoare la consultări tripartite destinate să promoveze aplicarea normelor internaționale ale muncii²;

* Conf. univ. dr., Universitatea „Hyperion” – Facultatea de Drept; e-mail: bnpnemesis@yahoo.co.uk.

¹ Ratificată de către România prin *Decretul nr. 213/1957*, publicat în B. Of. nr. 4 din 18 ianuarie 1958.

- Convenția 150/1978 privind administrația muncii (care obligă statul român să asigure mecanisme pentru consultarea, cooperarea și negocierea dintre autorități publice și organizații sindicale și patronale)³;

- Convenția 154/1981 și recomandarea 163/1981 privind promovarea negocierii colective⁴;

La nivel european, dialogul social întrește dialogul la scară națională și se definește ca fiind „discuțiile, consultările, negocierile și acțiunile, purtate între reprezentanții celor două părți clasice ale lumii muncii: organizațiile sindicale și organizațiile patronale constituite la nivel European⁵. Dialogul face parte din politica socială a UE”⁶.

Organismele europene cu rol major în promovarea dialogului sunt CESE (Comitetul Economic și Social European, constituit prin tratatul de la Roma), CES (confederația europeană a sindicatelor, creat în 1973, care încearcă o sinteză a mișcării sindicale europene) și CESI (Confederația Europeană a Sindicatelor Independente), iar ca organizații patronale la nivel european sunt: UNICE (Uniunea Industriașilor din Comunitatea Europeană), CEEP centrul European al întreprinderilor publice, Uniunea Europeană a artizanilor și a întreprinderilor mici și mijlocii (UEAPME) creată în 1979.

Pe plan național în ceea ce privește dialogul și ca o expresie a monismului în materia dreptului muncii a fost promulgată Legea nr. 62/2011 – Legea dialogului social.

La nivel național organismele tripartite de dialog sunt consultative și de co gestiune. Cele consultative sunt: CES (Consiliul Economic și Social înființat prin Legea nr. 248/2013), Consiliul Național Tripartit pentru Dialog Social (un nou organism tripartit creat prin Legea nr. 62/2011) și Comisiile de Dialog Social (art. 216 C. mun. și H.G. nr. 369/2009).

Organismele de co gestiune sunt: Agenția Națională pentru Ocuparea Forței de Muncă, Consiliul Național de Formare Profesională a Adulților, Casa Națională de Asigurări de Sănătate, Casa Națională de Pensii și Asigurări Sociale etc. Toate aceste organisme sunt structurate la nivelul central și teritorial în comisii de dialog social. Ele au competențe și atribuții în scopul unei mai bune realizări a dialogului.

După cum se vede, la nivel legislativ și conceptual totul este foarte bine pus la punct, ceea ce în realitatea faptică este mai trist este felul cum dialogul este promovat în mod concret. Se vorbește mult despre concept, dar se realizează puțin. Se cunosc bine mecanismele, însă eficiența și realitatea practică este departe de a fi mulțumitoare. Dovadă o reprezintă manifestațiile din stradă. Chiar și greva ca formă extremă de dialog social poate fi evitată dacă etapele primare ale realizării dialogului ar fi împlinite.

Adesea în cadrul acestor organisme ceea ce interesează factorul uman este remunerația, suplimentele de venituri și mai puțin împlinirea obiectivelor, dezideratelor de pace și eficiență socială.

² Ratificată de către România prin *Decretul nr. 352/1958*, publicat în B. Of. nr. 34 din 30 august 1958.

³ Ratificată de către România prin *Legea nr. 140/2008*, publicat în M. Of. nr. 576 din 30 iulie 2008.

⁴ Ratificată de către România prin *Legea nr. 112/1992*, Convenția nr. 154/1981.

⁵ R.R. Popescu, *Dreptul muncii, curs universitar*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 43.

⁶ A. Popescu, *Dreptul internațional și european al muncii*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, pp. 382-389.

Se poate vorbi prea puțin de o conștiință altruistă și cu adevărat bine intenționată în realizarea păcii prin armonizarea intereselor celor trei actori (reprezentanți sindicate, patronat, stat) implicați în realizarea dialogului din domeniul relațiilor de muncă.

Sindicatele se prezintă ca niște parteneri bolnavi care sunt cărați în spate de o autoritate de stat covârșită de un interes politic adesea lipsit de obiectivitate iar patronatele ca niște organisme teoretic apolitice și deceționate de un context socio-politic nefavorabil.

În toată această ecuație din păcate lipsește adesea respectul și altruismul (poate chiar și toleranța constructivă) dintre parteneri, valori absolut necesare binelui social.

Munca, formă de realizare a demnității fiecăruia dintre noi se obiectivează prin realizarea dialogului, menit să preîntâmpine conflictele. Pentru acest motiv, însăși legea fundamentală a statului garantează în art. 41 alin. (5) dreptul la negocieri colective în materie de muncă și caracterul obligatoriu al convențiilor colective.

Dialogul social (cu obiectivul său de pace, dar și de protecție a angajaților) constituie expresia realității că dreptul muncii este un drept eminamente la viață și demnitate al salariaților/angajaților, care se diferențiază de dreptul civil, „dreptul egalitarist”⁷. Astfel cum s-a arătat în doctrina, munca a fost definită ca fiind „activitatea umană conștientă și specifică – manuală și/sau intelectuală – prin care oamenii își utilizează forța de muncă, de regulă, în scopul producerii bunurilor cerute de satisfacerea trebuințelor lor”⁸.

Așadar, în dreptul muncii nu se pot aplica reglementările legale referitoare la concurență sau principiile egalitariste din dreptul civil, întrucât „plata muncii nu este doar un schimb pecuniar pentru o activitate prestată”⁹.

Conceptul de dialog social presupune diverse „forme de negociere, consultare, informare, gestionare în comun, prin care se urmărește armonizarea intereselor patronale cu cele ale salariaților/angajaților”, dezideratul final fiind înfăptuirea „păcii sociale”¹⁰.

Din această perspectivă, reglementarea legală a dialogului social trebuie să fie integrată normativului European – pace socială.

Art. 211 C. mun. dispune: „Pentru asigurarea climatului de stabilitate și pace socială, prin lege sunt reglementate modalitățile de consultări și dialog permanent între partenerii sociali”. Legea nr. 62/2011 definește dialogul social în cuprinsul dispozițiilor prevăzute de art. 1 lit. b): „procesul voluntar prin care partenerii sociali se informează, se consultă și negociază în vederea stabilirii unor acorduri în probleme de interes comun”. Așadar, modalitățile de realizare a dialogului social sunt: **informarea** – transmiterea de date de către angajator către sindicat sau, după caz, către reprezentanții aleși ai angajaților, pentru a le permite să se familiarizeze cu problematica dezbaterii și să o examineze în cunoștință de cauză (art. 1 lit. b) pct. i); **consultarea** – schimbul de opinii în cadrul dialogului social (art. 1 lit. b) pct. ii) și **negocierea colectivă** – negocierea dintre angajator sau organizația patronală și sindicat ori organizația sindicală sau reprezentanții angajaților, după caz, care

⁷ A se vedea *Modificările Codului muncii și ale dialogului social*, coordonator prof. univ. dr. Alexandru Athanasie, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 9, unde se evidențiază diferența dintre cele două ramuri ale dreptului: „contractual de întrepriză sau de închiriere de servicii rezolvă din timpul românilor problema muncii prestate în favoarea altei persoane, nu era nevoie de tot acest corpus de principii”.

⁸ A se vedea I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, ed. a III-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 13.

⁹ A se vedea Alexandru Athanasie, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰ A se vedea I.T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 102.

urmărește reglementarea relațiilor de muncă ori de serviciu dintre cele două părți, precum și orice alte acorduri în probleme de interes comun (art. 1 lit. b) pct. iii). Acestea au adesea un caracter formal și dezinteresat motiv pentru care nu este angrenată valoarea competitivă latentă a omului.

Menționăm că legiuitorul român a stabilit că în sfera dialogului social intră nu numai bipartitismul (art. 1 lit. c) din Legea nr. 62/2011), ca relație între sindicate și patronate, ci și tripartitismul, ca relație instituționalizată între sindicate, patronat și Guvern (art. 1 lit. d) din Legea nr. 62/2011) – cel mai înalt nivel al tripartitismului fiind Consiliul Național Tripartit pentru Dialog Social, ale cărui competențe sunt prevăzute de Legea nr. 62/2011 și extinse prin adoptarea Legii nr. 1/2016 (elaborare a regulamentului de organizare și funcționare).

Astfel cum s-a arătat în literatura de specialitate, „realitățile naționale și nu numai demonstrează elocvent că lumea viitorului nu se va putea făuri în alt mod decât ca o lume a conlucrării, a parteneriatelor – axioma care trebuie să caracterizeze și elaborarea normelor dreptului muncii, ale dreptului social”¹¹. Încă odată, conceptual, lucrurile sunt foarte bine cunoscute. Cred că ceea ce lipsește este entuziasmul autentic care să anime.

Primul partener din ecuația dialogului social este organizația sindicală (sindicat, federație sau confederație sindicală), definită de legiuitor ca o constituire pe baza dreptului de liberă asociere, în scopul apărării drepturilor prevăzute în legislația națională, în contractele colective și individuale de muncă sau în acordurile colective de muncă, precum și în pactele, tratatele și convențiile internaționale la care România este parte, pentru promovarea intereselor profesionale, economice și sociale ale membrilor săi (art. 1 lit. u) din Legea nr. 62/2011, art. 214-220 C. mun.). Libertatea sindicală este „o aplicație a libertății de asociere”¹², garantată de art. 40 din Constituția României. Specificăm că în privința organizațiilor sindicale nu au incidență dispozițiile legale ale O.U.G. nr. 26/2006, cu privire la asociații și fundații.

În fapt, „sindicatele ar putea juca rolul de agenți de solidaritate socială”¹³, obiectivele acestora fiind negocierea contractului colectiv de muncă și protejarea drepturilor salariaților”, dar și „implicarea în elaborarea actelor normative de drept al muncii, al legislației sociale”¹⁴. Atribuțiile organelor sindicale sunt reglementate de art. 29 din Legea nr. 62/2011, art. 25 din Legea nr. 62/2011, art. 27 din Legea nr. 62/2011, art. 30 alin. (1) C. mun., art. 31 din Legea nr. 62/2011, art. 40 alin. (1) C. mun., art. 71 alin. (1) C. mun., art. 132 C. mun., art. 178 alin. (3) C. mun., art. 195 alin. (1) C. mun., art. 219 C. mun., art. 241 C. mun., art. 242 lit. g) și i) C. mun.). Specificitatea sindicatelor, astfel cum în mod corect s-a observat în literatura juridică¹⁵, constă în faptul că legea limitează constituirea acestora exclusiv în interesul propriilor membri.

Privitor la libertatea sindicală, principiul de bază al sindicalismului, în doctrină s-a reținut că „este interzisă orice diferențiere între sindicaliști și nesindicaliști cu privire la raporturile de muncă”¹⁶. Legiuitorul limitează libertatea sindicală, în cuprinsul art. 3 alin.

¹¹ A se vedea I.T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 107.

¹² A se vedea Raluca Dimitriu, *Anxietăți ale prezentului*, Ed. Rentrop&Straton, București, 2016, p. 231.

¹³ *Ibidem*, p. 246.

¹⁴ *Ibidem*, p. 248.

¹⁵ *Ibidem*, p. 219.

¹⁶ A se vedea I.T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 112.

(2) din Legea nr. 62/2011, impunând un număr minim de 15 angajați din aceeași unitate pentru constituirea unui sindicat, precum și prin menționarea unor categorii de persoane care nu se pot constitui/adera în sindicate, respectiv persoanele care dețin funcții de demnitate publică conform legii, magistrații, personalul militar din Ministerul Apărării Naționale, Ministerul Administrației și Internelor, Serviciul Român de Informații, Serviciul de Protecție și Pază, Serviciul de Informații Externe și Serviciul de Telecomunicații Speciale, unitățile și/sau subunitățile din subordinea ori coordonarea acestora (art. 4 din Legea nr. 62/2011).

Sindicatele se formează la nivel de unități, federații, confederații și uniuni teritoriale. Reglementarea actuală (Legea nr. 62/2011, art. 41, alin. (1)) prevede că organizațiile sindicale se pot asocia după criteriul sectorului de activitate ce a înlocuit sintagma vechii reglementări, „criteriul ramurii de activitate, al profesiei sau al criteriului teritorial” (art. 41, alin. (1) din Legea nr. 54 din 24 ianuarie 2003 a sindicatelor).

Cu privire la Legea nr. 62/2011, profesorul R.R. Popescu, face o analiză foarte realistă a felului în care reglementarea arată limitează împlinirea scopului declarant prin însăși titulatura acestei legi, care se impune prin sfera de incidență la care aspiră ca al doilea act normativ ca importanță în materia raporturilor de muncă, după Legea nr. 53/2003 – Codul muncii¹⁷.

Într-un context internațional și european de slăbire a forței sindicale limitările aduse și prin lege acestui partener social pare o adevărată ironie a sorții. Astfel, libertatea, pluralismul și independența ca principii ale mișcării sindicale se golesc de conținutul lor efectiv, real, viabil

Spre exemplu, legiuitorul a impus criterii de reprezentativitate în privința sindicatului reprezentativ, stipulate la art. 51 alin. (1) din Legea nr. 62/2011, conform căruia în aceeași unitate se pot constitui mai multe sindicate. Astfel, prin impunerea criteriilor de reprezentativitate, legiuitorul a limitat efectele principiului pluralismului sindical. În fapt doar un sindicat este cel reprezentativ. Sunt reprezentative la nivel național, de sector de activitate, de grup de unități și de unitate organizațiile sindicale care îndeplinesc cumulativ următoarele condiții:

A. la nivel național: a) au statut legal de confederație sindicală; b) au independență organizatorică și patrimonială; c) organizațiile sindicale componente cumulează un număr de membri de cel puțin 5% din efectivul angajaților din economia națională; d) au structuri teritoriale în cel puțin jumătate plus unu dintre județele României, inclusiv municipiul București;

B. la nivel de sector de activitate sau grup de unități: a) au statut legal de federație sindicală; b) au independență organizatorică și patrimonială; c) organizațiile sindicale componente cumulează un număr de membri de cel puțin 7% din efectivul angajaților din sectorul de activitate sau grupul de unități respectiv;

C. la nivel de unitate: a) au statut legal de sindicat; b) au independență organizatorică și patrimonială; c) numărul de membri ai sindicatului reprezintă cel puțin jumătate plus unu din numărul angajaților unității, față de vechea reglementare de 1/3 din membrii angajaților.

¹⁷ R.R. Popescu, *Analiză asupra unor aspecte controversate ale Legii nr. 62/2011 privind dialogul social*, RRDM nr. 5/2011, Ed. Wolters Kluwer, pp. 11-21.

Pentru aceste motive prezenta reglementare pare o soluție puțin fericită în reabilitarea mișcării sindicale față de tendința manifestată pe plan internațional de atomizare a mișcării sindicale, de scădere a forței sale.

În noua reglementare doar sindicatul reprezentativ are calitatea de a exercita competențele care îi revin, potrivit legii, în domeniul negocierii colective a unui contract colectiv, dreptul la negociere fiind în fapt o parte inherentă a drepturilor reglementate de art. 11 din Convenția europeană a drepturilor omului. Importanța negocierii colective reiese și prin raportare la faptul ca eșecul negocierii colective duce la declanșarea grevei, aspect nedorit de niciunul dintre participanții la dialogul social.

De altfel, în literatura juridică s-a exprimat în mod unanim opinia că, odată cu apariția Legii nr. 62/2012, în fapt s-a realizat o diminuare considerabilă a rolului și funcției organizațiilor sindicale. Aceasta se datorează impunerii unor criterii de reprezentativitate ce trebuie îndeplinite. Așadar, negocierea colectivă nu este expresia libertății sindicale.

O particularitate a reglementării actuale este prevăzută de dispozițiile art. 129 alin. (1) din Legea nr. 62/2011, modifică vechea reglementare, negocierea colectivă devenind obligatorie numai la nivel de unitate, cu excepția cazului în care unitatea are mai puțin de 21 de angajați. Sesizăm înlăturarea obligativității negocierii colective anuale, existența în vechea reglementare, precum și „dispariția contractului colectiv de muncă la nivel național”, aceasta având consecința dispariției sporului de vechime, a ierarhizării salariale în funcție de ierarhia pozițiilor sau a criteriilor sociale aplicate în caz de concediere, aspecte care vor trebui negociate ca și alte prevederi contractuale.

În actuala reglementare, negocierea la nivel de unitate, de sector, este cea care câștigă în importanță, aspect care a avut în consecință scăderea nivelului de încredere în „sindicalismul românesc în general”¹⁸.

În tot acest context profesorul Raluca Dimitriu a opinat, de lege ferenda, necesitatea reglementării conceptului de bună-credință în negocierea colectivă, neexistând în legislația specială prevederi legale definitorii ale „bunei-credințe” care să țină seama de particularitățile dreptului colectiv al muncii. În prezent sunt aplicabile dispozițiile generale din dreptul civil¹⁹. Astfel, a fost formulat un deziderat valoros, salutar pentru legiuitorul care va trebui să se aplece cu mai multă competență și cu mai multă bună-credință asupra acestui aspect de infirmitate a parteneriatului în raportul de muncă.

Menționăm că în literatura juridică a fost semnalat și un alt aspect, referitor la necesitatea reglementării de lege ferenda a reprezentării drepturilor femeii în cuprinsul negocierii colective, „ca drepturi specifice, distincte de ale salariaților în general. De altfel, dintre cele cinci confederații sindicale reprezentative niciuna nu are în conducere femei”²⁰. Și acest aspect este un element benefic realizării dialogului. În țările nordice femeile sunt preponderente în realizarea dialogului iar bărbații sunt mai implicați în realizarea dezideratelor.

Apreciind tendința monistă a Legii nr. 62/2016, din păcate art. 144 alin. (1) al acestei legi, referitor al efectului *ex nunc* al contractului colectiv de muncă, dispune aplicarea contractelor colective de muncă de la data înregistrării lor la autoritatea competentă sau

¹⁸ A se vedea Raluca Dimitriu, *op. cit.*, p. 258.

¹⁹ *Ibidem*, p. 264.

²⁰ *Ibidem*, p. 241.

de la o dată ulterioară, potrivit convenției părților. Pe cale de consecință, în ipoteza expirării duratei contractului colectiv de muncă, „salariații vor rămâne neacoperiți”²¹.

Nu vom mai insista asupra modului în care fiecare dintre principiile caracteristice organizațiilor sindicale sunt sabotate prin articole punctuale din Legea dialogului social.

În contextul economico-social și politic actual, rolul sindicatelor a scăzut, dialogul social fiind diminuat substanțial. Realitatea socială pune accent pe individ, pe o competiție la locul de muncă care ucide solidaritatea dintre angajați – „fundamentul organizării sindicale”²². Relațiile de tip concurențial sunt favorizate și legiferarea sistemului de evaluare individuală, și nu colectivă, globală, a performanțelor profesionale a lucrătorilor, face parte din actualul management al resurselor umane (art. 40 alin. (1) lit. f) C. mun.). Acest aspect considerăm că nu este bine corelat cu importanța și promovarea criteriului colectiv pur și simplu ignorant din varii motive.

S-a vorbit îndelung în literatura de specialitate de o „nouă epocă a raporturilor de muncă”²³, de „individualizarea dreptului muncii”. Se apreciază că sindicatele vor fi nevoite să se „reinventeze”²⁴.

Cel de-al doilea partener din ecuația dialogului social sunt organizațiile patronale. Specificitatea reglementării din dreptul românesc constă în faptul că asocierea patronală este legiferată în mod expres în cuprinsul legislației speciale (art. 227-228 C. mun. și art. 54-57 din Legea nr. 62/2011), aceasta fiind mai puțin întâlnită în alte sisteme de drept. „Uniunea Europeană nu este competentă să se ocupe de statutul organizațiilor patronale”²⁵.

Fără a dezvolta frustrările trăite de angajatori și de organizațiile patronale, considerăm că în mod mai mult sau mai puțin conștient, noile reglementări vor putea cu ușurință duce și în cazul mișcării patronale la o scindare a acestei mișcări, o „atomizare” ca și în cazul mișcării sindicale ce va lipsi acestei organizații de forță solidarității. Astfel, posibilitatea legiferată ca prin unirea a trei organizații patronale să se înființeze un patronat cu reprezentativitatea aferentă ne creează rezervele arătate mai sus.

În contextul în care cei doi parteneri bipartismul raportului de muncă sunt suferinzi cel de-al treilea partener social, reprezentanții administrației publice, adesea se complac în întâlniri formale în care partenerii sociali se prefac că se ascultă.

Fără a dori să părem pesimiști, amintim că pesimistul este uneori un optimist bine informat, chiar dacă legea se numește a dialogului social și ea punctează în mod corect importanța covârșitoare a dialogului social, ea este însă departe de a-l facilita.

²¹ *Ibidem*, p. 237.

²² *Ibidem*, p. 237.

²³ *Ibidem*, p. 259.

²⁴ *Ibidem*, p. 261.

²⁵ A se vedea I.T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 139.

ARMONIZAREA LEGISLAȚIEI NAȚIONALE CU LEGISLAȚIA UNIUNII EUROPENE PRIVIND PROTECȚA SALARIAȚILOR ÎN CAZUL TRANSFERULUI DE ÎNTREPRINDERE

*Drd. Anca-Verginica LĂCRARU**

Abstract:

Among the many economic activities conducted on the world market, the companies transfer has also become a business. To accommodate ongoing economic developments, the European Union and Member States had to create legislation applicable to these economic realities. The need to adopt legal norms lies in the requirement that the legislator has to ensure social protection and eliminating abuse and discrimination from employers.

Thus, had appeared laws both in the common law of the European Union and in each country's own legislation, governing the employee rights and the obligations of both transferor employer and transferee employer.

In Romania, Council Directive 2001/23/EC was transposed into national law by Law no. 67/2006, which regulates the protection of employees' rights in case of transfer of the undertaking, unit or parts thereof. At the same time, provisions concerning employees' rights in the event of transfer of the undertaking are also included in the Labour Code.

Keywords: *Enterprise transference, employees protection, European Union law, dismissal*

Așa cum este bine-cunoscut, menținerea drepturilor salariaților în cazul transferului de întreprinderi, unități, sau al unei părți de întreprinderi sau unități este reglementat la nivel european de Directiva nr. 2001/23/CE a Consiliului privind apropierea legislațiilor statelor membre referitoare la menținerea drepturilor salariaților în cazul transferului întreprinderii, unității sau al unor părți de întreprindere sau unități.

Sub acest aspect, Directiva protejează interesele lucrătorilor, în caz de schimbare a conducerii întreprinderii, în principal prin asigurarea menținerii drepturilor lor¹.

La nivelul legislației noastre, pentru transpunerea directivei, pe lângă reglementările din Codul muncii (art. 173-174), s-a adoptat Legea nr. 67/2006 privind protecția drepturilor salariaților în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora.

Potrivit art. 288 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (versiunea consolidată), „directiva este obligatorie pentru fiecare stat membru destinat cu privire

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Andrei Rădulescu”, e-mail: anca.aldescu@yahoo.com.

¹ Diaconu D.C., Dumitrescu E.A., *Armonizarea dreptului muncii cu reglementările comunitare în materie – scurtă analiză de doctrină și jurisprudență*, Articol publicat în Revista Română de Dreptul muncii nr. 2/2011, preluat din Programul legislativ Sintact – aparținând Wolters Kluwer România.

la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele.”

Statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce-i revin din tratatele la care este parte², obligație care pare a fi îndeplinită în materia protecției salariaților în cazul transferului unei întreprinderi sau unități dintr-o întreprindere, ceea ce ne este sugerat chiar din titlul Legii nr. 67/2006, astfel cum a fost preluat din Directiva nr. 2001/23/CE.

Trecând însă la analiza comparativă a celor două acte normative, observăm că norma Uniunii Europene este mai detaliată, explicitând prevederile articolelor principiale la care, de altfel, s-a limitat Legea nr. 67/2006. Adoptându-se o astfel de soluție legislativă, s-a deschis, din păcate, posibilitatea apariției unor neclarități și ambiguități în aplicarea sa³.

Pentru asigurarea aplicării integrale a dreptului Uniunii Europene în această materie, trebuie avute în vedere prevederile art. 148 alin. (2) din Constituție și aplicate dispozițiile Uniunii Europene cu prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare, dar și jurisprudența reprezentativă a Curții de Justiție a Uniunii Europene în materie. Totodată legislația și jurisprudența Uniunii Europene în materie se aplică și în cazul în care legislația națională nu cuprinde prevederi legale specifice.

În ceea ce privește cadrul legal aplicabil, conform art. 1 alin. (1) din Directiva (CE) nr. 23/2001, aceasta se aplică în cazul oricărui transfer al unei întreprinderi, unități sau al unei părți de întreprindere sau de unitate către un alt angajator, ca rezultat al unei cesiuni convenționale sau al unei fuziuni.

Potrivit art. 1 din Legea nr. 67/2006, prevederile acestei legi se aplică în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora către un alt angajator, ca rezultat al unei cesiuni sau fuziuni, potrivit legii.

Astfel, Directiva nr. 23/2001 este aplicabilă indiferent de modalitatea de transfer a întreprinderii ce își păstrează identitatea, cu condiția ca transferul să fie convențional, pe când Legea nr. 67/2006 reglementează transferul unei întreprinderi ca rezultat al unei cesiuni sau fuziuni, potrivit legii. Chiar dacă Directiva vorbește expres despre cesiunea convențională, iar Legea nr. 67/2006 vorbește despre cesiune în condițiile legii, în realitate cesiunea în dreptul românesc nu poate fi decât voluntară, motiv pentru care sub aspectul cadrului legal aplicabil, directiva este transpusă în mod fidel de Legea nr. 67/2006.

Dacă Legea nr. 67/2006 nu distinge între tipurile de întreprinderi cărora li se aplică, ci prevede că ea este aplicabilă întreprinderilor indiferent de natura capitalului social, creând astfel ambiguități în practică la aplicare, dispozițiile directivei sunt mult mai clare și prevăd că ele se aplică atât întreprinderilor publice, cât și celor private, esențială fiind desfășurarea unei activități economice, indiferent de scopul lucrativ sau nelucrativ pentru care activitatea este desfășurată. Singura excepție, potrivit directivei, se referă la

² Art. 11 alin. (1) din Constituție.

³ Voiculescu N., *Legislația română, comunitară și jurisprudență, privind protecția salariaților în cazul transferului întreprinderii, al unității sau unor părți ale acestora*, Articol publicat în Revista Română de Dreptul muncii nr. 1/2006, pp. 22-27.

reorganizarea administrativă a autorităților administrative publice sau la transferul funcțiilor administrative între autoritățile administrative publice.

Dispozițiile legale europene, dar și cele naționale privind protecția salariaților în cazul transferului de întreprindere, nu se aplică și în cazul în care cedentul este subiectul unei proceduri de reorganizare judiciară sau faliment, instituite în vederea lichidării bunurilor cedentului și care se află sub controlul unei autorități publice competente (care poate fi un judecător sindic autorizat de o autoritate competentă).

Cu toate acestea jurisprudența CJUE a decis că statele membre pot adopta soluții de protecție a salariaților în cazul în care cedentul, aflat sub controlul unei autorități publice competente, face obiectul unei proceduri de insolvență care nu este instituită în vederea lichidării bunurilor sale, ori care este instituită în vederea lichidării acestor bunuri, dar statele membre au decis să adopte măsurile de protecție instituite de Directiva 2001/23/CE, precum și în cazul în care cedentul se află într-o criză economică gravă, definită de legislația națională, sub condiția ca această situație să fie recunoscută de o autoritate publică competentă și să fie supusă controlului judiciar⁴.

Trebuie precizat că aria de acoperire a art. 1 al directivei privește și navele maritime, cu referire la întreprinderi în sensul oferit de Directiva nr. 23/2001, și personalul navigant din marina comercială potrivit legislației naționale. Legea nr. 67/2006 a preluat în cadrul art. 3 prevederile din directivă, în forma lor inițială, în sensul că aceste prevederi legale nu sunt aplicabile navelor maritime/personalului navigant din marina comercială. Însă, la data de 9 octombrie 2015 art. 1, alin. (3) din capitolul I din Directiva 2001/23 a fost modificat de art. 5 din Directiva 1794 din 6 octombrie 2015 în sensul că „directiva se aplică în cazul unui transfer al unei nave maritime care face parte din transferul unei întreprinderi, unități sau al unei părți de întreprindere sau de unitate în sensul alin. (1) și (2), cu condiția ca cesionarul să fie situat sau ca întreprinderea, unitatea sau partea de întreprindere transferată să rămână în cadrul domeniului de aplicare teritorial al tratatului; directiva nu se aplică în cazul în care obiectul transferului constă exclusiv din una sau mai multe nave maritime”.

Cu toate că în legislația europeană a intervenit o modificare cu privire la cadrul legal aplicabil, România nu și-a modificat legislația, existând astfel neconcordanțe în ceea ce privește protecția personalul navigant din marina comercială.

În sensul Directivei nr. 23/2001 *transferul de întreprindere* este transferul prin cesiune convențională sau fuziune către alt angajator a unei entități economice (i.e. ansamblu organizat de mijloace, care are obiectivul de a desfășura o activitate economică, indiferent dacă acea activitate este centrală sau auxiliară) care își menține identitatea.

Conform, Legii nr. 67/2006 transferul de întreprindere este definit ca fiind trecerea din proprietatea cedentului în proprietatea cesionarului a unei întreprinderi, unități sau a unor părți ale acestora, având ca scop continuarea activității principale sau secundare, indiferent dacă urmărește sau nu obținerea unui profit.

Comparând textele Directivei nr. 23/2001 și ale Legii nr. 67/2006 privind protecția drepturilor salariaților în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unei părți ale acestora, se constată că legiuitorul român a ales să restrângă sfera de protecție a salariaților doar la situațiile în care operează un transfer de proprietate de la o

⁴ Vlăsceanu A.M., *Protecția drepturilor salariaților în cazul transferului de întreprinderi, unități sau părți ale acestora*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 47-48.

întreprindere/unitate/parte a acesteia la o altă astfel de entitate. În aceeași definiție dată de legea română transferului de întreprindere se mai poate observa și că Legea nr. 67/2006 limitează aplicabilitatea dispozițiilor sale numai la situația în care activitatea este continuată de cesionar, iar nu și atunci când ea este reluată. În aceste cazuri, având în vedere caracterul prioritar al aplicării normelor adoptate la nivelul UE față de dispozițiile legale naționale, ori de câte ori va opera un transfer de întreprindere, unitate sau o parte din acestea printr-un act juridic, altul decât prin act translativ de proprietate, se vor putea invoca dispozițiile Directivei CE nr. 23/2001⁵.

CJCE⁶ s-a pronunțat în sensul interpretării suplă, *lato sensu*, a noțiunii de transfer începând cu Cauza *Abels*⁷.

Pornind de la această jurisprudență, CJCE a statuat în Cauzele *Redmond Stichting*⁸, *Merckx* și *Neuhuys*⁹ și *Bork International*¹⁰ că Directiva transferului de întreprindere se aplică în toate ipotezele de schimbare, în cadrul relațiilor contractuale, a angajatorului.

Prin urmare, nu este necesar să se transfere proprietatea asupra întreprinderii, fiind suficientă încheierea unui contract de locațiune, așa cum reiese din Cauza *Ny Molle Kro*¹¹. De asemenea, este vorba despre un „transfer” în sensul Directivei și în cazul concesiunii sau al subcontractării, astfel cum reiese din Cauzele *Rask*¹² și *Schmidt*¹³.

În sensul celor arătate mai sus, ponderea elementelor menționate variază în funcție de tipul de întreprindere și natura investițiilor pe care aceasta le presupune. În Cauza *Schmidt* CJCE a decis că există un transfer de întreprindere în sensul Directivei și dacă nu a fost transferat niciun activ, iar în Cauza *Allen*¹⁴ a decis că există un transfer de întreprindere în sensul Directivei și dacă activitatea economică a întreprinderii se baza în mod esențial pe personalul său.

Raportat la cele expuse mai sus, rezultă că pentru a fi în prezența unui transfer de întreprindere, acesta trebuie să îndeplinească următoarele elemente: (i) transferul să conducă la schimbarea persoanei fizice sau juridice responsabile pentru exploatarea întreprinderii, aceasta contractând obligațiile angajatorului în privința angajaților întreprinderii; (ii) transferul să aibă loc printr-o cesiune convențională sau printr-o fuziune; (iii) întreprinderea transferată trebuie să fie o entitate economică organizată în

⁵ Gherasim A.G., *Aplicabilitatea dispozițiilor Legii nr. 67/2006 privind protecția drepturilor salariale în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora*, Articol publicat la data de 17 decembrie 2014 pe site-ul euroavocatura.ro (http://www.euroavocatura.ro/articole/1881/Aplicabilitatea_dispozitiilor_Legii_nr_67_2006_privind_protectia_drepturilor_salariatilor_in_cazul_transferei_intreprinderii_al_unitatii_sau_al_unor_parti_ale_acestora).

⁶ Prin Tratatul de la Lisabona semnat la 13 decembrie 2007 de cei 27 de șefi de stat sau de guvern ai statelor membre ale Uniunii și intrat în vigoare la 1 decembrie 2009 s-a schimbat denumirea Curții de Justiție a Comunității Europene în Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Având în vedere că toate deciziile invocate sunt pronunțate de către Curtea de Justiție sub această denumire, vom folosi în continuare denumirea CJCE.

⁷ CJCE, Decizia din 7 februarie 1985, C-135/85.

⁸ CJCE, Decizia din 19 mai 1992, C-29/91.

⁹ CJCE, Decizia din 7 martie 1996, C-171/94 și 172/94.

¹⁰ CJCE, Decizia din 15 iunie 1988, C-101/87.

¹¹ CJCE, Decizia din 17 decembrie 1987, C-287/86.

¹² CJCE, Decizia din 12 noiembrie 1992, C-209/91.

¹³ CJCE, Decizia din 14 aprilie 1994, C-392/92.

¹⁴ CJCE, Decizia din 2 decembrie 1999, C-234/98.

mod stabil și autonom; (iv) după realizarea transferului, întreprinderea transferată trebuie să își păstreze identitatea.

Cu privire la noțiunea de „întreprindere” însă, cele două acte normative nu conțin o definiție în funcție de care să ne raportăm.

Noțiunea de întreprindere a fost definită de art. 1 alin. (1) din Directiva 1977/187¹⁵ ca fiind orice entitate economică organizată în mod stabil, independent de statutul juridic și de modul de finanțare a acesteia.

Întreprinderea a fost definită de CJCE – între altele în Cauza *Suzen*¹⁶ – ca fiind un ansamblu organizat, structurat și autonom, de mijloace materiale, intelectuale și umane ce servesc unei activități economice. Această definiție a fost reiterată și în Cauzele *Hernández Vidal*¹⁷ și *Mayeur*¹⁸ și implementată în Directiva nr. 23/2001 în sensul arătat anterior.

Directiva se aplică unei întreprinderi care își păstrează identitatea indiferent de intervenirea transferului. Directiva nu se aplică unei întreprinderi care nu poseda, anterior transferului, caracterele care definesc o „întreprindere” în sensul Directivei. Acestea au fost conturate de CJCE în Cauza *Spijkers*¹⁹. Astfel, o entitate este caracterizată drept „întreprindere” dacă, între altele, (i) desfășoară o afacere/activitate economică, (ii) posedă active afectate activității sale, (iii) are personal, și (iv) are clientelă.

Celelalte noțiuni de cedent, cesionar, lucrător/salariaț, reprezentanții lucrătorilor/salariaților au fost transpuse în mod corect și complet în legislația națională.

Conform dispozițiilor art. 3 alin. (1) din Directiva nr. 23/2001 și art. 5 alin. (1) din Legea nr. 67/2006, de protecția conferită de aceste acte normative beneficiază doar lucrătorii existenți la data transferului. Aceasta deoarece scopul Directivei nr. 23/2001 este acela de a asigura că, în situația intervenirii unui transfer de întreprindere, relațiile de muncă sunt menținute în condiții cel puțin la fel de favorabile ca înainte de transfer.

Prin urmare, protecția conferită de Directivă și transpusă în legislația națională se aplică relațiilor de muncă în curs la data transferului, în acest sens pronunțându-se CJCE în Cauzele *Bork International*²⁰ și *Danmols*²¹. Așa fiind, cesionarul n-are nicio obligație față de lucrătorii care nu mai erau angajați la data transferului de întreprindere, după cum reiese și din Cauza *Wendelboe*²².

¹⁵ Directiva (CE) nr. 187/1977 privind apropierea legislației statelor membre referitoare la menținerea drepturilor lucrătorilor în cazul transferurilor de întreprinderi, unități sau părți de întreprinderi sau unități („Directiva nr. 187/1977”) a fost prima reglementare la nivelul Uniunii Europene în cazul transferului de întreprinderi, aceasta garantând menținerea drepturilor salariaților și solicitând cedentilor și cesionarilor să informeze și să consulte reprezentanții salariaților în timp util. De la momentul adoptării sale, Directiva nr. 187/1977 a fost substanțial modificată în funcție de, între altele, impactul pe care l-a avut pe piața internă, tendințele legislațiilor statelor membre și jurisprudența CJCE.

În vederea înglobării tuturor acestor schimbări, a fost adoptată Directiva (CE) nr. 23/2001 privind apropierea legislației statelor membre referitoare la menținerea drepturilor lucrătorilor în cazul transferurilor de întreprinderi, unități sau părți de întreprinderi sau unități („Directiva nr. 23/2001”) prin care a fost abrogată Directiva nr. 187/1977.

¹⁶ CJCE, Decizia din 11 martie 1997, C-13/95.

¹⁷ CJCE, Decizia din 10 decembrie 1997, C-127/96, C-229/96 și C-74/97.

¹⁸ CJCE, Decizia din 26 septembrie 2000, C-175/99.

¹⁹ CJCE, Decizia din 18 martie 1986, C-24/85, pct. 11-13.

²⁰ CJCE, Decizia din 15 iunie 1988, C – 101/87.

²¹ CJCE, Decizia din 11 iulie 1985, C-105/84.

²² CJCE, Decizia din 7 februarie 1987, C-19/83.

Sub acest aspect, data transferului de întreprindere este relevantă pentru identificarea relațiilor de muncă protejate de Directivă.

În acest sens s-a pronunțat și CJCE în Cauza *Ny Molle Kro*²³, în lipsa unei dispoziții în sens contrar, beneficiul unui contract colectiv de muncă poate fi invocat doar de lucrătorii a căror relație de muncă era în curs la data transferului; art. 3 alin. (2) din Directivă nu vizează asigurarea menținerii de către cesionar a condițiilor stabilite în contractul colectiv de muncă la care aderase cedentul decât pentru lucrătorii care erau angajații întreprinderii la momentul transferului de întreprindere, fiind excluși cei care au fost angajați posterior acelei date.

Toate acestea nu sunt aplicabile în situația în care salariații, în temeiul principiului libertății muncii, se opun transferului contractelor lor de muncă de la cedent la cesionar. Într-un asemenea caz, Directiva 2003/21/CE nu obligă cedentul să continue raporturile de muncă cu lucrătorii care refuză să presteze muncă în favoarea cesionarului²⁴. Aceleași argumente sunt valabile și pentru legislația națională, unde, deși dreptul de opoziție la transfer nu este acreditat legislativ în termeni expresi, acesta subzistă și poate fi exercitat de lucrător fără a fi obligat să-și motiveze demersul²⁵.

Transferul contractului de muncă are loc *ope legis*, voința contrară a cedentului sau a cesionarului neproducând efecte juridice. De asemenea, transferul nu este condiționat nici de consimțământul lucrătorului. Prin urmare, transferul automat al contractelor sau raporturilor de muncă, se opune posibilității continuării relațiilor de muncă cu cedentul.

Distinct de cele de mai sus, lucrătorii care prestează activitatea cu caracter temporar, lucrătorii detașați sau delegați în partea de întreprindere transferată, nu vor fi preluați de cesionar. În schimb, vor fi transferați lucrătorii ale căror contracte de muncă au fost suspendate²⁶.

Drepturile salariaților în caz de transfer de întreprindere prevăzute de directivă au fost preluate și de legislația națională. Rezultă că, în caz de transfer al întreprinderii, drepturile și obligațiile cedentului care decurg dintr-un contract de muncă sau un raport de muncă, sunt transferate integral cesionarului²⁷. Însă, nici directiva și nici legea națională nu clarifică dacă salariatul cedat, în momentul transferului, încheie sau nu, un nou contract de muncă.

Situația este diferită după cum transferul se realizează prin cesiune sau prin fuziune²⁸.

În caz de cesiune, practic se schimbă doar acționariatul, denumirea societății și toate celelalte elemente rămân neschimbate, motiv pentru care în caz de cesiune nu operează nicio modificare asupra contractelor individuale de muncă, care continuă să își producă efectele. Totuși, pentru a opera un transfer de întreprindere nu este suficient să aibă loc un transfer de acțiuni, ci trebuie să fie transferată o entitate economică.

În schimb, la fuziune se produce o modificare. Potrivit Legii societăților nr. 31/1990, fuziunea societăților se realizează prin două modalități: (i) fuziunea prin absorbirea uneia

²³ CJCE, Decizia din 17 decembrie 1987, C-287/86.

²⁴ Vlăsceanu A.M., *op. cit.*, p. 67.

²⁵ *Ibidem*, p. 169.

²⁶ *Ibidem*, pp. 147-149.

²⁷ Art. 3 alin. (1) din Directiva 2001/23/CE și art. 5 alin. (1) din Legea nr. 67/2006.

²⁸ Pentru detalii suplimentare a se vedea Vlăsceanu A.M., *op. cit.*, p. 152-154.

sau mai multor societăți de către o altă societate; (ii) fuziunea prin contopirea a două sau mai multe societăți pentru a alcătui o societate nouă.

În caz de fuziune, societatea cedată nu va mai avea aceeași denumire, ci denumirea societății absorbante sau a noii societăți care se formează, motiv pentru care, ca o consecință a fuziunii, se produce implicit și transferul colectiv al salariaților. În cazul transferului colectiv, contractele individuale de muncă își produc în continuare efectele, acestea fiind preluate de noul angajator. Transferul colectiv presupune o modificare a contractului de muncă cu privire la angajator și eventual a locului de muncă. Această modificare se produce la data transferului întreprinderii, unității sau al unor părți ale acestora, fiind prevăzută în mod expres de lege, și nu reprezintă manifestarea de voință a părților (angajat – angajator). Contractele de muncă nu încetează, ci vor fi transferate cesionarului care devine noul angajator în temeiul contractului de fuziune/cesiune încheiat între cele două societăți, contract ce trebuie să conțină și prevederi cu privire la salariații transferați. În acest sens, se emite o Decizie colectivă de transfer, care conține în anexă lista cu salariații transferați și condițiile contractuale în vigoare la data transferului, decizie ce se aduce la cunoștință salariaților și devine parte componentă a contractului de muncă²⁹.

Totodată, transferul întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora nu poate constitui motiv de concediere individuală sau colectivă a salariaților de către cedent ori de către cesionar³⁰. Cu toate acestea, directiva nu îi restrânge angajatorului dreptul de a concedia lucrătorii pentru motive economice, tehnice sau organizatorice și care implică schimbări în ceea ce privește ocuparea forței de muncă³¹. *Per a contrario*, dacă încetarea contractului individual de muncă are loc din voința angajatului, prin demisie, fără însă a-i fi afectate drepturile/condițiile de muncă, atunci angajatorul nu mai este considerat răspunzător de încetarea raporturilor de muncă³².

În cazul în care transferul implică o modificare substanțială a condițiilor de muncă în detrimentul salariatului, angajatorul este responsabil pentru încetarea contractului individual de muncă³³.

Pentru a stabili dacă lucrătorii au fost concediați drept consecință a operării transferului de întreprindere, este necesar să se analizeze circumstanțele în care au avut loc respectivele concedieri³⁴. Pot constitui indicii în acest sens faptul că decizia de concediere a fost emisă la o dată apropiată celei în care s-a produs transferul de întreprindere sau faptul că lucrătorii concediați au fost reangajați de către cesionar³⁵.

Ulterior transferului, cesionarul are obligația respectării prevederilor contractului colectiv de muncă aplicabil la data transferului, până la data rezilierii sau expirării

²⁹ Păun A., *Transferul salariaților la un nou angajator. Ce înregistrări trebuie operate în Revisal*, Articol publicat în data de 29 iulie 2013 pe site-ul avocatnet.ro (http://www.avocatnet.ro/content/articles/id_33918/Transferul-salariatilor-la-un-nou-angajator-Ce-inregistrari-trebuie-operate-in-Revisal.html).

³⁰ Art. 7 din Legea nr. 67/2006 și art. 4 alin. (1) teza I din Directiva 2001/23/CE.

³¹ Art. 4 alin. (1) teza II din Directiva 2001/23/CE.

³² Ciobotariu C., *Transferul colectiv al salariaților la un nou angajator – ce informații trebuie să știm?* (I), Articol publicat la data de 16 ianuarie 2014 pe site-ul legestart.ro (<http://legestart.ro/transferul-colectiv-al-salariatilor-la-un-nou-angajator-ce-informatii-trebuie-sa-stim-i/>).

³³ Art. 8 din Legea nr. 67/2006 și art. 4 alin. (2) din Directiva 2001/23/CE.

³⁴ Vlăsceanu A.M., *op. cit.*, p. 81.

³⁵ CJCE, Decizia din 15 iunie 1988, C – 101/87.

acestui. Prin acord între cesionar și reprezentanții salariaților, clauzele contractului colectiv de muncă valabil în momentul efectuării transferului pot fi renegociate, dar nu mai devreme de un an de la data transferului³⁶. Spre deosebire de legislația națională, directiva prevede că aceste dispoziții legale nu se aplică drepturilor lucrătorilor la prestații pentru limită de vârstă, invaliditate sau de supraviețuitor, în cadrul unor sisteme suplimentare de pensii ale unor organizații profesionale sau confederative, existente în afara sistemelor legale de securitate socială ale statelor membre³⁷.

În situația în care, în urma transferului, întreprinderea, unitatea sau părți ale acestora nu își păstrează autonomia, iar contractul colectiv de muncă aplicabil la nivelul cesionarului este mai favorabil, salariaților transferați li se va aplica contractul colectiv de muncă mai favorabil³⁸.

Dacă în urma transferului, întreprinderea, unitatea sau părți ale acestora își păstrează autonomia, reprezentanții salariaților afectați de transfer își mențin statutul, atribuțiile și funcția dacă sunt îndeplinite condițiile de reprezentare, potrivit legii. În schimb, dacă nu sunt îndeplinite condițiile legale de reprezentare, salariații transferați își aleg reprezentanții, conform legii. În cazul în care în urma transferului întreprinderea, unitatea sau părți ale acestora nu își păstrează autonomia, salariații transferați vor fi reprezentați, cu acordul lor expres, de către reprezentanții salariaților din întreprinderea cesionarului, până la constituirea sau investirea unor noi reprezentanți, în condițiile legii. Dacă mandatul reprezentanților salariaților afectați de transfer încetează ca urmare a transferului, aceștia vor beneficia în continuare de măsurile de protecție prevăzute de lege³⁹.

Un lucrător nu poate renunța la drepturile pe care i le conferă dispozițiile imperative ale directivei, chiar dacă inconvenientele care rezultă pentru el din această renunțare sunt compensate prin avantaje cum este, spre exemplu, faptul că el nu va fi plasat, global, într-o situație mai puțin favorabilă. Directiva nu se opune, totuși, unei modificări a relației de muncă convenite cu noul șef de întreprindere în măsura în care dreptul național aplicabil admite o astfel de modificare în afara ipotezei unui transfer de întreprindere (cazul *Foreningen*, nr. 324/86)⁴⁰.

Conform art. 12 din Legea nr. 67/2006 și art. 7 alin. (1) din Directiva 2001/23/CE, cedentul și cesionarul vor informa în scris reprezentanții salariaților proprii sau, în cazul în care aceștia nu sunt constituiți sau desemnați, pe salariații proprii, cu cel puțin 30 de zile înainte de data transferului⁴¹ cu privire la: a) data transferului sau data propusă pentru transfer; b) motivele transferului; c) consecințele juridice, economice și sociale ale transferului pentru salariați; d) măsurile preconizate cu privire la salariați; e) condițiile de muncă și de încadrare în muncă.

În cazul nerespectării de către cesionar sau de către cedent a obligațiilor prevăzute de lege, salariații sau reprezentanții salariaților afectați de transfer se pot adresa instanței

³⁶ Art. 9 alin. (1) și (2) din Legea nr. 67/2006 și art. 3 alin. (2) din Directiva 2001/23/CE.

³⁷ Art. 3 alin. (4) lit. a) din Directiva 2001/23/CE.

³⁸ Art. 9 alin. (3) din Legea nr. 67/2006.

³⁹ Art. 10 din Legea nr. 67/2006 și art. 6 alin. (1) teza I și IV din Directiva 2001/23/CE.

⁴⁰ Voiculescu N., *op. cit.*, pp. 22-27.

⁴¹ Art. 7 alin. (1) din Directiva 2001/23 prevede necesitatea comunicării „în timp util”.

judecătorești competente pentru soluționarea conflictelor individuale sau colective de muncă, conform legii⁴².

Mai mult decât atât, legislația națională a prevăzut că nerespectarea de către cedent sau cesionar a obligațiilor reglementate în cazul transferului de întreprindere, constituie contravenție și se sancționează cu amendă de la 1.500 lei (RON) la 3.000 lei (RON). Constatarea contravențiilor și aplicarea amenzii se fac de către inspectorii de muncă⁴³.

Apreciem că sancțiunea prevăzută de legislația națională pentru a asigura respectarea întocmai a drepturilor salariaților conferite de contractele individuale de muncă existente la data transferului întreprinderii, deși nu a fost impusă de legislația Uniunii Europene și are o valoare considerabil inferioară celorlalte sancțiuni din dreptul muncii prin raportare la obiectul protecției juridice, totuși este utilă și contribuie la respectarea principiului protecției salariaților împotriva concedierilor nelegale reglementat de art. 6 C. mun.

Astfel, putem conchide din cele menționate că, Directiva 2001/23 urmărește să asigure doar menținerea drepturilor lucrătorilor în cazul unei schimbări a angajatorului, permițându-le să continue să lucreze pentru noul angajator în aceleași condiții ca acelea convenite cu cedentul⁴⁴, iar Legea nr. 67/2006 încearcă să respecte dispozițiile art. 276 C. mun., de a armoniza normele Uniunii Europene cu legislația muncii, chiar dacă în fapt, nu a reușit să atingă acest scop în totalitate. Nearmonizarea se referă la inadvertențe în ceea ce privește noțiunea de transfer de întreprindere; nedefinirea unor concepte fundamentale în conturarea domeniului de aplicare a legii române, precum cel de „întreprindere”; neindicarea expresă a faptului că dispozițiile Legii nr. 67/2006 sunt aplicabile și în sectorul public, cu excepția cazului în care are loc o reorganizare administrativă a autorităților administrației publice sau un transfer de funcții administrative; excluderea din domeniul de aplicare a legii a posibilității operării unui transfer de întreprindere atunci când cedentul este supus procedurii de reorganizare judiciară⁴⁵.

Pe scurt, Legea nr. 76/2006 s-a plafonat la a transpune Directiva nr. 23/2001, fără a beneficia de la adoptare și până în prezent de nicio modificare, adăugire, îmbunătățire, aspecte care ar fi fost necesare având în vedere că dreptul și practica sunt într-o continuă evoluție.

⁴² Voiculescu N., *op. cit.*, pp. 22-27.

⁴³ Art. 13 din Legea nr. 67/2006,

⁴⁴ Anghel R., *Protecția drepturilor salariaților în cazul transferului de întreprinderi, unități sau părți de întreprinderi sau unități*, Articol publicat la data de 30 septembrie 2015 pe site-ul euroquod.ro (http://www.euroquod.ro/dokuwiki/doku.php?id=protectie_la_transfer_unitate); În acest sens a se vedea Decizia CJUE din data de 27 noiembrie 2008, C-396/07.

⁴⁵ Vlăsceanu A.M., *op. cit.*, pp. 122-123.

SECȚIUNEA
DREPT PUBLIC I – GENERAL

DESPRE DREPT ȘI COMUNICARE ÎN SPIRITUALITATEA EUROPEANĂ

Ion CRAIOVAN*

Abstract:

We intend, in the following, some considerations, based on the approach outlined in European spirituality, the concept and communicational processes from the perspective of their relevance to the law, the impact of these on legal doctrines, meaning paradigm language law, the alert minimum standards the legal discourse in public space.

We note fertility potential and the law communication approach of terms and phrases such as: information, sign, symbol, meaning, transmitter, message encoding, surplus irrelevant information, noise issues syntactic, semantic and pragmatic information, intent, circuits professional and institutional information transfer, information matrix etc. We show a series of "perverse effects" of such communication: mystification and manipulation of public information, the illusion of transparency, information saturation etc. We evoked, in order to capitalize on its experience of European (Italy) advanced applications on cyber law.

Keywords: Law, communication, jusc cybernetics, linguistic paradigm, legal speech

1. În urmă cu nu prea multe decenii, **termeni și expresii precum „comunicare”, „informație”, „comandă și control”, „prelucrarea tehnică a unor date”** aveau un statut explicativ ușor de conturat, în limitele cunoașterii tradiționale, banal chiar și care, în genere nu trădau extraordinarul lor potențial cognitiv, evoluția lor de mai târziu, „explozia” lor în sensul că „fără o abordare adevărată a procedeeleor de comunicare-astfel sună consensul general – nu ne mai putem percepe pe noi înșine ca ființe sociale supuse devenirii”¹.

Au apărut și s-au dezvoltat rapid știința (științele) comunicării, o serie de discipline științifice, tehnice și socio-economice care se pretează prelucrării de informații și automatizării, cu profiluri distincte, dar și cu aspecte interferente, integratoare, dar și controversate care au format obiectul unei literaturi de specialitate impresionante, cu privire la care și o enumerare ilustrativă este dificilă².

2. Aceste abordări furnizează tot atâtea **componente metodologice contemporane**, precum abordarea comunicațională, cibernetică, metodele informatice ș.a. care fără să își piardă fizionomia lor proprie pot fi reunite și dat fiind aspectele lor interferente, evocate,

* Prof. univ. dr., cercetător științific asociat – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: icraiovan@yahoo.com

¹ Cuilenberg, van J.J., Scholten, O., Noomen, G.W. *Știința comunicării* (trad.), Ed. Humanitas, 1998, prefața de Olteanu, T., p. 5.

² Morin, E., *Introduction a la pensee complexe*, Paris, 1990; Mucchielli, A., *Les sciences de l'information et de la communication*, Paris, Hacchette, 1995; Sullivan, T., Hartley O., Montgomery, M.J., *Concepte fundamentale din științele comunicării și studiile culturale*, (trad.), Ed. Polirom, 2001; Martin, L.J., Heibert, R., *Current Issues in International communication*, Longman, Londra – New York, 1990, ș.a.

prin, termenul integrator de metodă informațional-comunicațională, în măsura în care acceptăm conexiunea indestructibilă informație-comunicare, rolul din ce în ce mai semnificativ pe care îl au în viața socială informația și comunicarea care conduce la o societate informațională „societate în care cele mai importante avantaje sociale, economice și de producție se leagă de prelucrarea de informații și de comunicații”³.

3. Un model fundamental al comunicării reține:

Emitător – x -> codare – y -> canal – $x + z$ -> decodare – x^* receptor – efect. Acest model poate fi citit simplu: dacă un emițător dorește să transmită informație (x) unui receptor, informația trebuie să fie inteligibilă. Emițătorul trebuie să-și codeze mesajul, să folosească coduri. O dată codat mesajul este transmis în semnale (y) care pot străbate canalul spre receptor. Receptorul trebuie să decodeze mesajul transpus în semnale și să-l interpreteze (x^*). În fine comunicarea poate fi îngreuiată de un surplus irelevant de informație (z) sau de zgomotul de fond. Un exemplu îl oferă distorsionarea mesajelor radiofonice din motive atmosferice. Contextul are, de asemenea un rol „participativ”, deosebit de important. Acest model al comunicării are avantajul că ne permite să introducem în discuție succesul (în sens restrâns) actului de comunicare. Reușita în comunicare implică într-o măsură oarecare izomorfismul dintre x și x^* : receptorul acordă mesajului o semnificație (x^*) care e aceeași ca și pentru emițător ($x=x^*$). Se implică însă și impedimentele pentru ca izomorfismul să se realizeze: pot interveni erori de codare sau de decodare, precum și zgomotul de fond. Cele prezentate permit să introducem în discuție trei aspecte pe care le presupune conceptul de informație. În primul rând, este vorba de aspectul sintactic al informației, de succesiunea impusă semnalelor grafice, auditive sau electrice. Succesiunea o impune emițătorul. În al doilea rând este vorba de aspectul semantic al informației, de semnificația care le este acordată semnalelor pe baza convențiilor sociale, operându-se distincția dintre informația semantică intențională (informația pe care emițătorul vrea să o transmită) și informația semantică realizată (informația pe care receptorul o desprinde din mesajul realizat). Un al treilea aspect al informației este aspectul pragmatic, ceea ce se întâmplă cu informația primită sau efectul acesteia asupra receptorului.

4. Comunicarea poate fi conștientă sau inconștientă, intențională sau neintențională, interpersonală sau „în masă”, să aibă loc în sfera publică sau în cea privată. Diverse analize în materie arată importanța în procesele de comunicare contemporane a unor „circuite profesionale și instituționale”, a transferului de informație pe care îl asigură mass-media, a unor matrice informaționale. Astfel, pe baza opoziției dintre individ și instituțiile centrale, ținându-se seama de instanța care deține informația și care decide asupra acesteia, individul sau „centrul” se ajunge la patru modele informaționale: alocuția (centru deține informația și dispune difuzarea ei); înregistrarea (centrul solicită informația individuală); consultația (individul solicită informația de care dispune centrul) și conversația (indivizii dețin informația și dispun de ea);

³ Cuilenberg, J.J., Scholten, O., Noomen, G.W., *op. cit.*, pp. 61-62.

Abordarea comunicațională se centrează în primul rând pe explicitarea proceselor comunicaționale care traversează fenomenul studiat, apoi utilizează concepte specifice ale sistemismului și constructivismului⁴.

5. Cu privire la aplicarea abordării comunicaționale în drept, nu putem să nu observăm, potențialul „comunicațional” dat fiind faptul că fenomenul juridic include ample, importante și specifice procese comunicaționale, încă puțin studiate din perspectiva comunicațională. Așa de exemplu procedura adoptării legii, autoritatea judecătorească, procesul, omul ca ființă juridică, ca să evocăm doar câțiva protagoniști ai fenomenului juridic care ar putea beneficia – ca teme de cercetare – de perspectiva comunicațională contemporană, conjugată desigur, cu perspectiva tradițională, specifică.

Fără îndoială că procedura adoptării legii, procesele comunicaționale care au loc, vor fi puse într-o altă lumină, cu semnificații inclusiv juridice noi, în contexte comunicaționale care apelează așa cum am ilustrat la termeni și expresii ca: informație, semn, simbol, semnificație, emițător, mesaj, codare, surplus irelevant de informație, zgomot de fond, aspecte sintactice, semantice și pragmatice ale informației, intenționalitate, circuite profesionale și instituționale ale transferului de informație, matrice informaționale ș.a. Ar fi semnalate în același timp, o serie de „efecte perverse” ale comunicării precum: mistificarea informației și manipularea publicului, iluzia transparenței, saturația informațională ș.a.

6. O contribuție marcantă în materia abordării comunicaționale, o reprezintă teoria lui J. Habermas despre comunicare. Metodologia științelor sociale este prezentată integral în „Teoria acțiunii comunicative” (The theory of communicative Action, 1981). Împotriva pozitivismului, autorul menționat insistă asupra faptului că științele sociale nu pot să adopte atitudinea „obiectivatoare” a explicației cauzale, dar trebuie să înțeleagă practicile umane din perspectiva participanților potențiali, concentrându-se asupra explicațiilor pe care le-ar da participanții înșiși pentru acțiunile lor. „Discursul” lui Habermas – ca cercetare intersubiectivă a cunoașterii, care este călăuzită de scopul de a ajunge la un consens rațional, explorează variatele capacități necesare pentru interacțiunea umană. În a sa „pragmatică universală” teorie care este modelată pe reconstrucția chomskyană a competenței lingvistice, Habermas urmărește să cuprindă aspectele pragmatice și intersubiective ale limbajului puse în lumină de către teoriile actelor de vorbire.

Habermas argumentează că condițiile universale ale comunicării lingvistice includ angajamente normative cu implicații etice. Când ne angajăm într-un discurs, noi „anticipăm contrafactual” o „situație de vorbire ideală”, caracterizată prin „egalitate” și „reciprocitate a participării” care solicită respectarea unor reguli ca:

Toți ce pot vorbi, pot lua parte;

Toți pot contesta;

Toți pot introduce orice aserțiune;

Se pot exprima atât nevoi, cât și dorințe;

Niciun vorbitor nu poate fi împiedicat, prin mijloace interne sau externe în autonomia sa, în deschiderea sa spre universalitate;

⁴ Mucchielli, A., *op. cit.*, p. 75.

O normă își poate găsi acceptarea într-un discurs doar dacă efectele respectării ei pentru satisfacerea intereselor tuturor, pot fi acceptate de către toți; consensul depinde de argumente;

Consensul generat de voința unită a tuturor, voință prin care fiecare decide același lucru pentru toți și toți decid același lucru pentru fiecare, poate legifera.

Teoria lui Habermas despre comunicare include o „teorie consensuală a adevărului (consensus theory of truth), conform căreia un enunț este adevărat dacă și numai dacă ar fi acceptat de către toate persoanele, într-o situație ideală. În ciuda numeroaselor reformulări, această abordare comite o eroare genetică: faptul că un enunț este acceptat ca adevărat de către orice număr de vorbitori, oricât de liberi de prejudecată ar fi, nu implică faptul că el este și adevărat⁵.

7. Abordarea comunicațională de tip cibernetic cunoaște aplicații spectaculoase în domeniul dreptului. Cibernetica studiază mecanismele de comandă și control în sistemele cu finalitate (biologice, sociologice, juridice, artificiale)⁶. Ca metodologie consacrată problemelor de antihazard, cibernetica studiază mecanismele de finalitate. Un sistem este cu finalitate atunci când evoluează spre o nouă stare definită anterior, ori care ar fi perturbațiile și evenimentele imprevizibile care însoțesc această evoluție. Firește există o limită a variațiilor dincolo de care sistemul se dovedește incapabil să-și mențină finalitatea și chiar structura. Urmărirea unei finalități se poate face prin două mecanisme: cel al retroacțiunii și cel al memoriei – ceea ce implică o abordare comunicațională specifică de „tip cibernetic”.

Cercetarea juridică în termeni metodici ca: finalitate, comandă, control, feedback a devenit din ce în ce mai amplă și aprofundată constituindu-se „juscibernetica” termen care indică orice aplicație a conceptelor și metodelor cibernetică în drept⁷.

Evocăm, spre ilustrare din problematica abordată în cadrul celui de a XVII-lea Congres de filosofie a dreptului și filosofie socială (Bologna, 16-21 iunie 1995), în grupele de lucru 50-69, dedicate prin excelență impactului dintre lumea juridică și calculatoare: Modelele sistemelor inteligente pentru drept (E Fameli); O aplicație informatică (SGML), privind publicarea actelor normative, recunoașterea unor documente juridice, transmiterea unor acte juridice, reprezentarea ierarhică și funcțională a unor structuri normative juridice, navigarea în sistemele „hypertext” de cunoaștere juridică, depistarea electronică a unor erori privind limbajul juridic și structura logică a unor documente juridice (M. Ascano); Hipermedia pentru drept: noi modele comunicaționale care permit identificarea unor grade diferite de informație juridică (de exemplu normativă și doctrinară), inovarea strategiilor de învățare a dreptului, conexiuni între diferite acte normative și hotărâri judecătorești, între norme juridice și explicații conceptuale (R. M. Di Giorgi, B. Inghirami, R. Nannucci); Aplicații privind „democrația electronică”, a creșterii rolului cetățenilor într-o „administrație publică interactivă” (S. Bonago)⁸ ș.a.

⁵ Habermas, J., *Moral Consciousness and Communicative Action*, Polity, Cambridge, 1984; Dancy J., Sosa E. (edit.), *Dicționar de filosofia cunoașterii*, Ed. Trei, București, 1999, pp. 401-403.

⁶ Larousse, *Dicționar de informatică*, Ed. Niculescu, București, 1999, pp. 68-69.

⁷ Jori, M., Pintore, A., *Manuale di Teoria generale del diritto*, Torino, 1995, p. 155.

⁸ Chalanges to law at the end of the 20th century, International Association for philosophy of law and social philosophy, Università degli studi di Bologna, vol. 5, 1995, pp. 246-434.

Semnificativă pentru valențele imensului potențial metodologic pentru drept și noile orizonturi ale informației juridice este experiența impresionantă a unor țări în materie.

Astfel, experiența italiană relevă între altele: importanța trecerii de la primele aplicații de tip informativ-documentar cu calculatoarele la studiul inteligenței artificiale (după anii '50 ai secolului trecut), a primelor tentative de construire a sistemelor expert în drept (1975); configurarea „informaticii inteligente” mereu în ofensivă în raport cu o limită principală incontestabilă (încă!) – gândirea suverană a omului; trecerea de la informatica sectorială, clasică la informatica integrată, globală care conexează legislația, jurisprudența, doctrina; ascensiunea telematicii – informatică globală și pluralistă care depășește barierele naționale, continentale și intercontinentale, mutațiile calitative ale informaticii juridice de la standardizări de „formulare” la analize conceptuale și verificarea unor structuri logice și repere pentru interpretare; sunt relevate structuri conceptuale și facilitate interogații în termeni juridici; legistica – disciplină care studiază procesul legislativ beneficiază tot mai mult de legitimitate – informatica dedicată elaborării legilor, de trecere de la contribuții „informatic” privind tehnica juridică de un anume tip – evitarea repetițiilor, a unor dispoziții contradictorii – la contribuții privind structura normelor și a tipurilor de dispoziție preferabile (legitimitatea de a doua generație)⁹ ș.a.

Metoda informațional-comunicațională astăzi nu poate fi concepută fără structura informatică globală realizată prin Internet, care poate să asigure: trimiterea de mesaje prin poșta electronică (E-mail); participarea la discuții și schimburi de informații în grupuri profesionale (Listservs); consultarea sau participarea în grupuri de discuții publice (Newsgroups); trimiterea și primirea de informații la și de la distanță (FTP), legarea la calculatoare situate la distanță (Telnet); accesul și navigarea prin, siturile de informații de largă circulație și la resurse, cu ajutorul instrumentelor de căutare grafică și a legăturilor inserate (hipertext) în documente (web)¹⁰.

Această metodă, în contextul cercetărilor juridice conjugată mai mult au mai puțin cu alte metode clasice sau mai recente, nu este pur și simplu numai o expresie a tehnicii de azi – contribuția acesteia fiind incontestabilă –, ci și o expresie a sociabilității contemporane a dreptului, socialitate în care dimensiunea informațională este inerentă. Realitatea informațională din ce în ce mai prezentă în viața socială și pentru homo juridicus, oferă acestuia nu o unealtă oarbă, ci o metodă configurată în perimetru filosofiei și teoriei dreptului și integrată unei strategii metodologice¹¹.

8. Limbajul este implicat în cel mai înalt grad în procesele de comunicare. Câteva concepte și teze definitorii pot fi relevante pentru abordarea comunicațională, inclusiv în drept:

Aristotel, încă, gândește în Logos rațiunea și limbajul împreună. Hamann și Herder au observat că limbajul nu poate fi un simplu instrument al fixării și comunicării experienței lumii, întrucât ceea ce cunoaștem este codeterminat, constituit prin caracterul limbajului nostru. Rațiunea căreia îi apare lumea experienței

⁹ *Ibidem*, pp. 330-354.

¹⁰ Patriciu, V., Vasiliu, I., Patriciu, S.G., *Internetul și dreptul*, Ed. All Beck, București, 1999, pp. xiv-xv.

¹¹ Frosini, V., *Il giurista nella società tecnologica*, op. cit., vol. 2, pp. 109-113.

nu poate fi gândită în afara limbajului. Ea însăși trebuie să fie rațiune bazată pe limbaj. Raționalitatea privitoare la persoane – a discuta de raționalitate acolo unde nu există persoane generează dificultăți – are ca o caracteristică esențială competența – cel care poate să facă, să urmeze, să dispună de reguli. Rațional nu este un predicat neutru – descriptiv, ci și valoric și normativ. Problema este doar în ce fel pot fi întemeiate argumentativ punctele de vedere valorice care joacă întotdeauna un rol atunci când întrebuițăm termenul rațional. **Dacă avem în vedere corelația indisolubilă dintre rațiune și limbaj trebuie să concepem raționalitatea ca totalitate a competențelor lingvistice. Ce înseamnă a fi rațional se explică având îndreptar logica, dar și limbajul.** Raționalitatea nu mai este astfel un fapt, ci **totalitatea unor cerințe determinate cărora trebuie să ne supunem în gândire, vorbire și acțiune.** Desigur ele pot fi criticate, modificate, schimbate, istoric. A putea decide cu privire la asemenea standarde presupune iarăși niște competențe. Habermas le-a prezentat sub forma unor cerințe de valabilitate universală pe care le pretinde în mod necesar orice acțiune comunicatională¹².

Cu privire la familia de **concepțe – limbaj, limbă, lingvistică, implicată și ea în procesele comunicaționale, pot fi reținute o serie de precizări conceptuale¹³, între care:**

Limbajul pune problema descifrării lumii cu ajutorul semnelor. Conceperea limbajului ca unealtă – că nu ar avea influență asupra obiectelor prelucrate de el, înainte de prelucrare, este criticabilă. Limbajul este „amprenta spiritului și a modului de a vedea lumea al vorbitorului” (W. von Humbolt).

Limbajele particulare nu sunt închisori care delimitează domeniul nostru de experiență și din care nu putem evada.

Aportul constitutiv al limbajului nu trebuie prezentat în mod principal ca deformare și falsificare a realității. Diferite perspective sau puncte de vedere presupun în mod paradoxal, un sistem comun de coordonare. Limbajul face lumea accesibilă iar granițele limbajului nostru pot fi granițele lumii noastre, dar ele nu sunt de neclintit. **Activitatea intelectuală și limbajul sunt un singur lucru și inseparabile.**

„Nimeni nu gândește în cazul unui cuvânt tocmai și exact ceea ce gândește celălalt și o deosebire cât de mică tremură în întreg cuprinsul limbajului, precum cercul în apă. Orice înțelegere este de aceea, în același timp o lipsă de înțelegere.” (Humbolt)

Wittgenstein relevă **că izvorul lipsei de sens este combinarea eronată a semnelor.** Unitatea care poate fi cercetată din punct de vedere al sensului este propoziția, iar sensul lingvistic este astfel o proprietate structurală a unui lanț de simboluri. Propozițiile fără sens apar ca urmare a încălcării concrete a regulilor. **Întrebarea despre granițele sensului precede întrebarea despre granițele cunoașterii. Înainte ca o propoziție să fie verificată într-un fel oarecare, în ceea ce privește valabilitatea sau adevărul, ea trebuie să fie înțeleasă și dacă nu este inteligibilă pentru că depășește granițele sensului, toate celelalte investigații se dovedesc de prisos.** Opunerea limbajului și

¹² Melchiorre, V. coord., *Enciclopedia de filosofie și științe umane*, Ed. All Educațional, București, 2004, pp. 87-88.

¹³ *Ibidem*, pp. 594-601.

gândirii nu mai are sens. Pentru ambele este valabil faptul că **ceea ce poate fi gândit și spus poate fi gândit și spus în mod clar.**

9. Autorul M. Van Hoecke¹⁴ relevă impactul produs de abordarea comunicațională asupra viziunii tradiționale promovate de doctrina juridică. În acest sens am reținut:

O definiție minimală a dreptului reține că acesta este un cadru normativ pentru interacțiunile umane. Ori acestea implică comunicare. Dreptul va fi implicit și un cadru pentru comunicare. Toate interrelațiile în cadrul fenomenului juridic sunt și de comunicare, de pildă cum se legitimează dreptul.

Termenul de comunicare este polisemantic:

Contact, schimb de informații.

Transmisie intențională de informații pentru a stabili un sistem de legătură prin semnale și simboluri

O practică de producere și negociere a semnificațiilor în condiții specifice determinate social, cultural, politic.

Comunicarea în lumea juridică relevă rolul dominant al interacțiunilor, conduce la o analiză pluralistă, la deschideri-închideri despre cum este norma juridică, implică schimbul dialectic de puncte de vedere. Se dezvoltă astfel teoria raționalității în drept, redusă uneori la metoda deductivă, relevându-se rolul discursului și argumentației în drept.

Contribuția majoră a lui Habermas conform căreia dreptul în raționalitatea și validitatea sa este un construct comunicațional al proceselor democratice. Limbajul nu trebuie redus numai la instrument de transmitere a informațiilor. El vehiculează viața trăită, scopuri, argumente, revendicări, norme justițiare, instituie o raționalitate comunicațională prin care indivizii stabilesc ceea ce trebuie să facă și își asumă obligații prin consens. Dreptul este produs și validat în procesele de comunicare democratice între destinatarii normelor juridice. Se construiesc poduri între fapte și norme, faptele nu pot fi purificate de norme, iar normele operaționalizează valori care ghidează faptele.

Se relevă că demersul juridic nu este posibil în afara unui cadru mai larg de referință, a unei teorii referențiale, determinată în primul rând de chintesența spirituală a epocii, în sens hegelian, de cultura specifică a unui timp (Gadamer). Construim definiții pe baza unor caracteristici din punctul nostru de vedere.

Dat fiind complexitatea sa dreptul nu poate fi înțeles dintr-o singură perspectivă, ca singură paradigmă a unei raționalități unidimensionale. Se evidențiază relevanța interacțiunii și comunicării în centrul teoriilor juridice.

10. Pentru un climat comunicațional optim pentru discurs și dialog metodele constructiviste oferă repere, standarde și sugestii precum: o metodă generală a discursului și a dialogului reflectă condițiile oricărui proces de formare a consensului (teoria transcendențială a discursului, teoria pragmatică, K.O. Apel), posibilitatea înfăptuirii lor în societatea actuală, (J. Habermas) sau cum această metodă e transformată

¹⁴ Hoecke, M. van, *Law as communication*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2002, pp. 7-13.

într-un proces general orientat de probleme, care coincide cu filosofia ca întreg (E. Martens). Se pune problema întemeierii a unui protodiscurs, întemeiat pe practica lumii vieții, și nu într-o lume construită a ideilor.

Analiza acestei abordări se referă la:

Utilizarea limbajului folosind concepte inteligibile și clare.

Trebuie avute în vedere interesele care există în comunitățile de comunicare.

Fundamentarea propriu-zisă se realizează apoi în alți 4 pași:

1. Examinarea relației între mijloacele disponibile și scopurile propuse.

2. Controlul consecințelor colaterale și evaluarea șanselor de reușită, prin implicarea științelor empirice.

3. Recunoașterea unui principiu moral.

4. Căutarea unui compromis orientat de principiul moral în cazul în care interesele sunt incompatibile.

Principiul moral intervine ca principiu al transsubiectivității și el constă din punct de vedere metodologic în căutarea unei supernorme care este compatibilă cu normele ce ajung să se confrunte în conflictul de interese. (O. Schwemmer, 1973). Martens ajunge la concluzia că logica imperativului este întemeiată într-o morală universalistă iar aceasta din urmă în iubirea aproapelui concret.

Sensul unui discurs ca instrument metodologic este dezvoltarea capacității de a obține în discuția rațională asupra unei situații o mediere comunicativă a intereselor, care să corespundă exigențelor comunicării și care să facă posibilă depășirea situației conflictuale existente.

Alături de competența logico-lingvistică, putința noastră de a realiza argumentarea validă presupune ideea unei comunități de comunicare ideale, nelimitate, cu următoarele cerințe: deschiderea către argumentare, dorim să-l ascultăm pe celălalt și să-i răspundem; onestitatea argumentării: nu intenționăm să ne minșim pe noi înșine sau pe alții; egalitatea în drepturi a partenerilor de discuție: celălalt trebuie acceptat ca partener de discuție, de bună credință și capabil să recunoască adevărul; interzicerea imunizării: niciun tabu nu trebuie să acționeze asupra problemelor ridicate; egalitatea în discurs: respingerea discriminărilor rasiale, a prejudecăților de clasă, detestarea mijloacelor represive de a-i reduce pe alții la tăcere.

Chiar dacă o comunitate reală de comunicare nu satisface în multe privințe aceste cerințe, totuși conștientizarea acestor condiții ideale conduce la ameliorarea discursului. Aceste elemente ideale probează maturitatea vorbitorului într-un dialog emancipator eliberat de restricții (Habermas), cu conștiința rezonabilității (Derrida) și a faptului că discursul nu poate fi rupt de vorbitor și de situația istorică în care se produce discursul (Gadamer) și că el ar trebui să aibă un accent pe acțiunea care schimbă lumea (Rorty). Dialogul poate fi deschis și să stea sub masca autorefecției (Socrate, Kant), să reia demersuri de gândire deja date sau cele oferite de dialog, să propună demersuri de gândire proprii (E. Martens)¹⁵.

¹⁵ H. Schandelbach, H., Martens, E., coord., *Filosofie*, Ed. Științifică, București, 1999, pp. 587-590.

Putem să conchidem, în urma acestor scurte considerații, cel puțin cu privire la:

Centralitatea conceptului de comunicare, inclusiv în drept, locul și rolul său în spiritualitate, în instituirea raționalității comunicaționale.

Semnificația contemporană a proceselor de comunicare în domeniul juridic, dreptul însuși fiind și un concept comunicațional.

Relevanța pentru doctrina juridică a comunicării în drept, a teoriilor despre interacțiuni, comunicare și validitate.

Rolul limbajului în drept, ca dimensiune structurală, inerența paradigmei lingvistice în domeniul juridic.

Importanța standardelor comunicaționale de valabilitate a discursului juridic.

CONSIDERAȚII PRIVIND IMPACTUL CULTURII JURIDICE EUROPENE ASUPRA DREPTULUI ROMÂNESC, ÎN URMA ADERĂRII ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ

*Claudiu Ramon D. BUTCULESCU**

Abstract:

This paper addresses certain issues regarding the influence of European legal culture on the Romanian system of law, as a consequence of Romania's adhesion to the European Union. As such, the concept of legal culture is analysed, as well as some traits of European legal culture, both at the moment of Romania's entrance into EU and at the present time. Legal culture is a concept that was thoroughly studied in national and international specialised literature. Studying the way in which legal culture influences the system of law poses an important scientific relevance. This concept was also studied in Romanian doctrine. This article briefly presents the Romanian legal culture prior to the year 2007, along with the way in which the national legal culture has reacted to legislative imports determined by the adhesion of Romania to EU. Evidently, as a result of the interactions between the two cultural legal systems, national and European, new constellations of legal norms, legal customs and jurisprudence were created, which are also succinctly described.

Keywords: *legal culture, legal mimicry, legal ethnocentrism*

Introducere

Cultura juridică reprezintă un concept juridic complex care însumează toate modalitățile prin care operatorii dreptului aplică legea în exercitarea atribuțiilor proprii¹.

Într-o altă definiție, trăsăturile culturii juridice sunt definite distinct, după cum urmează: a) ansamblul tehnicilor de expunere și interpretare utilizate de către operatorii dreptului, atât la nivel practic, cât și teoretic, precum și ansamblul ideologiilor care corespund funcțiunilor dreptului folosite prin tehnicile menționate; b) ansamblul opiniilor și aprecierilor publicului cu privire la regulile dreptului pozitiv, în cadrul sistemului legal în vigoare; c) ansamblul valorilor, principiilor, ideologiilor relative la drept, precum și al cunoștințelor privind vocabularul propriu profesiilor juridice².

Cultura juridică are o relație specială cu izvoarele dreptului, relație care cunoaște distincții în raport de sistemul de drept în care se dezvoltă. Potrivit cercetătorului L. Friedman, cultura juridică dezvoltă în sistemele de drept anglo-saxone o puternică afinitate cu doctrina juridică. Cultura juridică poate reprezenta, în multe cazuri, izvorul doctrinei juridice, iar între cele două concepte există o relație de la parte la întreg. Cu

* Lect. univ. dr., Universitatea „Spiru Haret”, București; Cercetător asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu al Academiei Române; e-mail: butculescu@yahoo.com

Social Inquiry, Volume 31, Issue 1, March 2006, pp. 229-230

² „Culture juridique”, în A.-J. Arnaud, *Dictionnaire Encyclopedique de Theorie et de Sociologie du Droit*, Paris, 1992.

toate acestea, deși doctrina reflectă în principiu cultura juridică, aceasta nu constituie o transpunere exactă a culturii juridice. Nici nu ar fi posibil un asemenea aspect, câtă vreme cultura juridică are o structură mai dificil de sesizat. De altfel, doctrina juridică reprezintă un mod de cristalizare a conținutului social prezentat de cultura juridică. Cultura reprezintă o atmosferă construită, un mod de gândire, care dă viață doctrinei, o interpretează și o pune în locul său, dându-i vitalitate empirică³. Cu alte cuvinte, relația dintre cultură juridică și doctrină reprezintă un traseu de trecere de la conținuturi juridice empirice la conținuturi juridice științifice. În sistemul românesc de drept, cultura juridică se exprimă de asemenea prin intermediul doctrinei, dar având în vedere că doctrina nu are rolul unui veritabil izvor al dreptului, proiecțiile culturii juridice prin doctrină prezintă o semnificație mai redusă decât în cazul sistemelor de drept anglo-saxone.

Cultura juridică interacționează însă în mod semnificativ, atât la nivel european, cât și la nivel național, cu jurisprudența. În mod tradițional, în sistemul de drept românesc, jurisprudența nu avea caracterul unui izvor veritabil al dreptului. Cu toate acestea, în cadrul Uniunii Europene, jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene poate avea caracter de izvor de drept obligatoriu pentru instanțele naționale. Cultura juridică se manifestă atât la nivel internațional, cât și la nivel local, atât în ceea ce privește dreptul substanțial, cât și în ceea ce privește dreptul procesual. În acest sens, rezoluția internă în baza căreia instanțele de judecată soluționează diferite cazuri poate contribui la formarea culturii juridice⁴ sau în sens invers, practica și interpretarea judiciară pot influența de cultura juridică locală⁵. În analiza construcției culturii juridice este de asemenea importantă influența factorilor de configurare a dreptului, care pot avea o influență hotărâtoare asupra formării ideilor, valorilor, atitudinilor, credințelor și așteptărilor cu privire la sistemul juridic, național sau internațional.

2. Scurte considerații privind cultura juridică românească anterioară momentului aderării României la Uniunea Europeană

Literatura juridică românească este printre primele care a evidențiat rolul culturii juridice în evoluția și structurarea sistemului dreptului. Primele definiții ale culturii juridice au fost enunțate de către academicianul Andrei Rădulescu, în discursul său de recepție ținut în Aula Academiei Române, la data de 3 iunie 1922, intitulat „Cultura juridică românească în ultimul secol”. În alocuțiune sa academicianul Andrei Rădulescu analiza cultura juridică românească, începând cu perioada 1814-1818⁶. Ulterior, în anul 1942, același reputat cercetător a publicat un volum, intitulat „Cultura juridică românească”, conținând valențe științifice similare celor propuse de școala istorică a dreptului.

Ulterior, alți cercetători în teoria generală a dreptului din România au încercat să puncteze trăsăturile culturii juridice. Astfel, potrivit unei abordări, „cultura juridică

³ Lawrence M. Friedman, *Civil Wrongs: Personal Injury Law in the Late 19th Century*, Law & Social Inquiry, American Bar Foundation Research Journal, Vol. 12, No. 2/3 (Spring-Summer, 1987), p. 373.

⁴ Thomas W. Church Jr., *Examining Local Legal Culture*, Law & Social Inquiry, Volume 10, Issue 3, July 1985, p. 450.

⁵ Craig Young, *Geography, law and the centralizing state: wages arrestment in nineteenth – and twentieth – century Scotland*, Area, Volume 36, Issue 3, September 2004, p. 289.

⁶ Andrei Rădulescu, *Cultura juridică românească în ultimul secol*, Ed. Cultura Națională, București, 1923, p. 9.

reflectă gândul despre drept și just, indică modalitatea în care dreptul este trăit de către membrii unei comunități umane⁷. În lumina celor arătate mai sus, rezultă că, în doctrina anterioară anului 2007, cultura juridică era analizată prin prisma trăsăturilor tradiționale enunțate de către academicianul Andrei Rădulescu, având o puternică afinitate cu școala istorică a dreptului întemeiată pe conceptul de „volksgeist”, ca o formă de conștiință a poporului, exprimată mai întâi prin obicei juridic și mai apoi prin jurisprudență⁸. Mimetismul juridic era aspru criticat de Andrei Rădulescu, care arăta că în legiferare, au fost preluate legile străine, uneori traduse, alteori superficial adaptate la realitatea juridică românească⁹. În acest context, cultura juridică era considerată o proiecție a conștiinței poporului, iar în raport de influența culturii juridice asupra sistemului de drept, se putea observa o veritabilă rezistență, în temeiul ideii de suveranitate, față de aspecte internaționale ale dreptului, contrare principiilor dreptului național. În acest sens, se poate observa că jurisprudența avea, anterior anului 2007, o importanță practică destul de redusă, fiind cunoscut faptul că în practică, existau situații când nici măcar deciziilor CEDO nu le era recunoscut caracterul de precedent judiciar.

Desigur, odată cu aderarea României la Uniunea Europeană, o bună parte din perspectivele juridice s-au schimbat, mai ales că în temeiul art. 148 din Constituția României, tratatele constitutive ale Uniunii Europene și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu au dobândit prioritate față de normele contrare din legile interne.

3. Evoluția sistemului juridic românesc, după anul 2007, între etnocentrism juridic și colonialism juridic

În marea majoritate a sistemelor de drept, cultura juridică este de regulă fundamentată pe etnocentrism juridic. Cu toate acestea, valorizarea ideilor juridice doar din perspectiva propriei culturi juridice nu mai poate prezenta o alternativă viabilă. În condițiile în care state puternice ale lumii analizează realitatea juridică internațională atât prin prisma propriei lor culturi, dar luând în considerare valențe culturale ale sistemelor juridice străine, cu atât mai mult cultura juridică românească trebuie să se adapteze la acest curent de gândire. De asemenea, în dezvoltarea structurii juridice a UE, se poate observa chiar o formă de colonialism juridic, în sensul că principiile și normele fundamentale ale Uniunii tind să înlocuiască, treptat, valorile naționale. În acest sens, așa cum arătam mai sus, art. 148 din Constituția României prevede în mod clar faptul că izvoarele primare ale dreptului Uniunii Europene au prioritate față de dispozițiile contrare din legea națională. Astfel, normele juridice privind izvoarele dreptului, procedura civilă, contractele, răspunderea delictuală, bunurile au suferit, cel puțin formal, dar și material, modificări esențiale. Deși în mod istoric, nu întotdeauna culturile juridice naționale au fost în totalitate receptive și au acceptat fără rezerve influența

⁷ Emil Gheorghe Moroianu, *Prolegomene pentru o istorie a civilizației juridice și a instituțiilor juridice*, Revista română de filozofie a dreptului și filozofie socială, Nr. 2/2005 și Nr. 3/2006, p. 24.

⁸ „Friedrich Karl von Savigny”, *Encyclopaedia Britannica*, 1998, <https://www.britannica.com/biography/Friedrich-Karl-von-Savigny>.

⁹ Andrei Rădulescu, *Cultura juridică românească în ultimul secol*, Ed. Cultura Națională, București, 1923, p. 41.

colonialismului juridic¹⁰, se poate considera că în prezent, în cadrul Uniunii Europene, tendința va fi una de uniformizare aproape completă a legislației. Acest aspect va fi susținut și de necesitatea dezvoltării social-economice a statelor membre, care și-ar putea asigura mai greu o dezvoltare economică eficientă în exteriorul Uniunii Europene.

Cultura juridică europeană a suferit modificări substanțiale de orientare, în ultimii ani. Astfel, în cultura juridică europeană se poate observa o tendință din ce în ce mai pronunțată cu privire la includerea precedentului judiciar în cadrul izvoarelor dreptului. Apreciem că o asemenea tendință era previzibilă, având în vedere că doar prin intermediul jurisprudenței se pot interpreta anumite chestiuni de drept, astfel încât ele să devină aplicabile în mod coerent tuturor statelor Uniunii Europene. Având în vedere mărimea excepțională a întregului corp de izvoare comunitare, existența unui instrument de interpretare, cu caracter obligatoriu pentru statele membre este nu numai utilă, ci chiar necesară. Acest aspect rezultă însăși din faptul că pentru a putea asigura o dezvoltare unitară a Uniunii și o competitivitate corespunzătoare în raport cu celelalte mari puteri economice, este necesar un sistem judiciar suplă, care să permită aplicabilitatea normelor Uniunii Europene la nivelul dreptului național. Un asemenea deziderat este deosebit de important, în condițiile în care fiecare sistem de drept are propriile sale aspecte specifice, care-i conferă identitate juridică proprie. Chiar și în cazul culturilor juridice înrudite, precum cele ale Franței și Canadei, există diferențe notabile¹¹. În aceeași situație pot fi observate diferențe între China și Hong-Kong¹².

La nivel european, cultura juridică devine din ce în ce mai puțin formală, iar diferențele între culturile juridice naționale și cea europeană își vor pierde treptat din strictetea delimitării. Unii autori au remarcat două tendințe în interacțiunea celor două categorii de culturi juridice. Prima tendință ar fi de menținere a delimitării formale între cultura juridică națională și cea europeană, în timp ce a doua ar pretinde că în fapt, deja există un sistem juridic comun European, cu ramificații naționale¹³. Astfel, în cadrul primei abordări, există o cultură juridică națională distinctă de cea europeană, ultima influențând însă major cultura juridică națională. Această abordare pare a fi mai apropiată de realitatea juridică prezentă, în care nu s-a procedat încă la o confuziune între cultura juridică națională și cea europeană. De altfel, credem că nici nu va fi cazul în viitor a unei asemenea confuziuni, ci mai degrabă a unei asimilări a culturilor naționale de către cultura juridică unională, care va înlocui treptat valențele culturilor juridice naționale. În ceea ce privește a doua tendință arătată, referitoare la existența unui sistem juridic comun, care însă prezintă ramificații naționale cu identitate juridică distinctă, aceasta nu reprezintă o proiecție realistă a relațiilor actuale dintre cultura juridică națională și cultura juridică europeană. Credem că influența culturii juridice unionale va

¹⁰ Peter Karsten, *Between Law and Custom, „High” and „Low” Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora – The United States, Canada, Australia and New Zealand, 1600-1900*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, p. 4.

¹¹ Eric Gravel, Quentin Delpech, *International labour standards: Recent developments in complementarity between the international and national supervisory systems*, *International Labour Review*, Vol. 147 (2008), No. 4, p. 405.

¹² Sally Merry Engle, *New Legal Realism and the Ethnography of Transnational Law*, *Law & Social Inquiry*, Volume 31, Issue 4, Fall 2006, p. 985.

¹³ Martijn Hesselink, *A European Legal Method? On European Private Law and Scientific Method*, *European Law Journal*, Vol. 15, No. 1, January 2009, p. 30, p. 43.

fi mult mai puternică și nu se va limita doar la a trasa unele principii fundamentale, în baza cărora fiecare sistem național să-și dezvolte legislații interne specifice, ci în viitor sistemul juridic european va tinde către asimilarea semnificativă a sistemelor juridice naționale ale statelor care fac parte din Uniunea Europeană, înlocuind mare parte din normele naționale cu norme ale Uniunii Europene.

Interacțiuni interesante apar și între marile familii de drept europene: *civil law* și *common-law*. În urmă cu câțiva ani, unii autori prezentau o paradigmă în dezvoltarea dreptului european: în timp ce specialiștii dreptului continental tind către stabilirea unui drept comun, cultura juridică internă a dreptului anglo-saxon urmărește valențe opuse¹⁴. Cu toate acestea, așa cum arătam și mai sus, tendința majoritară în cultura juridică europeană contemporană este în sensul adoptării unor trăsături ale sistemului anglo-saxon, mai ales cu privire la impunerea precedentului judiciar ca izvor de drept.

Toate aceste modificări ale culturii juridice europene s-au făcut simțite și în cadrul sistemului de drept românesc. În acest sens, putem să ne amintim numeroasele decizii ale Curții de Justiție a Uniunii Europene, în interpretarea prevederilor tratatelor Uniunii Europene, decizii care odată pronunțate, au dobândit caracterul unor veritabile izvoare de drept. Efectele culturii juridice europene se pot observa și în normele procedurale adoptate prin codurile de procedură civilă și penală, intrate în vigoare în anul 2013, respectiv 2014. În acest sens, amintim prevederile art. 516, alin. (6) și art. 520, alin. (11), care permit instanței să solicite opinia unor specialiști, deci opinii doctrinare, în procedura recursului în interesul legii și în procedura sesizării ÎCCJ în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept. De altfel, întreaga procedură a sesizării ÎCCJ în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile este similară procedurii referitoare la întrebarea preliminară adresată Curții de Justiție a Uniunii Europene, în temeiul art. 267 din Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene¹⁵.

4. Concluzii

Cultura juridică românească anterioară anului 2007 era bazată pe valențele tradiționale exprimate în doctrina juridică românească, fundamentate pe principiile școlii istorice a dreptului. În acest sens, cultura juridică, fundamentată pe ideea de conștiință a poporului (*volksgeist*), prezenta o relevanță semnificativă în configurarea sistemului de drept românesc. Odată cu aderarea României la Uniunea Europeană, ponderea semnificativă în structurarea culturii juridice și implicit a sistemului de drept românesc a fost preluată de pozitivismul juridic, care permite o mai bună așezare în contextul actual, în care concurența diferitelor culturi juridice naționale ale statelor membre trebuie să accepte influența culturii juridice europene.

Proiecția concretă a influenței culturii juridice europene se poate observa cel mai bine la nivelul izvoarelor dreptului. Întregul complex al izvoarelor dreptului românesc a fost modificat în mod semnificativ, ca urmare a aderării României la Uniunea Europeană. Astfel, prevederile tratatelor sunt prioritare față de normele juridice interne. Mai mult decât atât, sistemul juridic al Uniunii Europene deține mecanisme prin care poate

¹⁴ Pierre Legrand, *Are civilians educable*, Legal Studies, Volume 18, Issue 2, June 1998, p. 219.

¹⁵ Gabriel Boroi, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. I, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 1007.

intervenii asupra legislației interne, cum este cazul deciziilor Curții de Justiție a Uniunii Europene în interpretarea prevederilor tratatelor constitutive. Un exemplu elocvent în acest sens îl reprezintă lungul conflict al autorităților române cu proprietarii de autoturisme, cu privire la perceperea unor taxe pentru poluare, conflict care a fost soluționat în mod constant în detrimentul legii române.

Stadiul actual al sistemului de drept românesc reprezintă o combinație între sistemul românesc tradițional, fundamentat pe principiile dreptului romano-germanic, care însă este influențat în mod majoritar și ireversibil de cultura juridică europeană. Mai mult decât atât, dacă în anul 2007 ponderea influenței culturii juridice europene era destul de mică, în prezent aceasta are o influență majoră în dezvoltarea sistemului românesc de drept, influență care în opinia autorului aceste lucrări va continua să crească.

PROCEDURA DE LEGIFERARE LA NIVELUL UNIUNII EUROPENE VS. PROCEDURA DE LEGIFERARE ÎN DREPTUL ROMÂNESC

Mihai BĂDESCU*

Abstract:

There is a specific social normativity attributed to each human collectivity in kind (be it of habit, moral, religious, or legal).

Legal normativity – a species of social normativity – manifests in the territory of all and any nation, of any state, including in the European Union – a modern, contemporary, atypical association of states.

The lawmaking procedure and the adoption procedure of legislative acts at the level of the EU. Although inspired by the classic models of national states, it has its own particularities, starting from the institutional structures/entities with a competence in initiating drafts for legislative projects, up until the distinct procedural rules, and some of them different from those in the law of the member states of the EU.

The present study focuses on the concrete manner of elaboration of legislative acts at the level of the EU, bringing into the analysis, as a comparison to the specific regulations in the Romanian law, the main aspects that concern the legislative initiative, the institutional clauses – seen at the level of the EU, after the coming into power of the Treaty of Lisbon, as a compromise between procedural rigidity and the need for flexibility and celerity of the European construction – the ordinary legislative procedure and the special legislative procedure.

Keywords: *European Union, legislative procedures, national law, institutional clauses, legislative act*

Oricărei societăți îi este specifică normativitatea; adică existența și impunerea unor norme, a unor reguli sociale, fără de care viața în societate nu ar fi posibilă; nu ar fi posibilă cu siguranță și cu evidență, deoarece omul, individul social, nu poate exista în afara habitatului social consacrat: comunitatea (societatea) din care face parte.

Prin urmare, admitem că la orice nivel social – micro sau macro – nu este cu puțință să exiști fără a-ți conforma propriul comportament unor comandamente/norme sociale, fie că acestea sunt obișnuielnice (norme din obiceiuri), religioase, morale sau juridice.

La nivel național, sunt consacrate proceduri specifice de legiferare. Artizanul principal al legiferării în orice țară democratică este parlamentul național. În funcție de reglementările specifice, fiecare stat își stabilește modalitatea de reglementare în cadrul sistemului propriu al ierarhiei actelor normative.

Prezentul studiu încearcă să pună în evidență, să compare prin mijloacele specifice avute la dispoziție, două importante dimensiuni normative ancorate în realitatea socială

* Prof. univ. dr. – ASE București – Școala doctorală „Drept” – membru titular al Academiei Oamenilor de Știință din România (Academy of Romanian Scientists, Splaiul Independenței, 54, 0505094, Bucharest, Romania); e-mail: badescu.vmihai@gmail.com.

prezentă: legiferarea la nivelul Uniunii Europene vs. legiferarea în peisajul legislativ românesc actual¹.

Procedurile de adoptare a actelor legislative ale UE² sunt prevăzute în TFUE, Partea a IV-a – „*Dispoziții instituționale și financiare*”, Titlul I „*Dispoziții instituționale*”, Capitolul 2 – „*Actele juridice ale Uniunii, procedurile de adoptare și alte dispoziții*”. Potrivit reglementărilor de mai sus, **procedura legislativă ordinară** presupune adoptarea în comun, de către Parlamentul European și Consiliu, a unui **regulament**, a unei **directive** ori a unei **decizii**, la propunerea Comisiei europene.

În **procedura legislativă specială** pot fi adoptate cele trei acte legislative (cu caracter obligatoriu) de către Parlamentul European, cu participarea Consiliului sau de către Consiliu cu participarea Parlamentului European, numai în cazurile specifice prevăzute de tratate.

În privința adoptării **actelor juridice legislative ale Uniunii Europene**, trei aspecte majore vor face obiectul studiului de față:

- aspecte preliminare (inițiativa legislativă, inclusiv cea cetățenească și clauzele instituționale: clauzele „pasarela”, clauzele de „frânare”, clauzele de „accelerare”);
- procedura legislativă ordinară;
- procedura legislativă specială.

Inițiativa legislativă

La nivelul UE are **drept de inițiativă legislativă Comisia Europeană**, singura instituție care poate iniția proiecte legislative, nu înainte de a se consulta cu grupurile de interese și cu experții pentru a se asigura că interesele cetățenilor Uniunii sunt în mod responsabil promovate.

În formularea propunerii legislative, Comisia europeană poate consulta *Comitetul Economic și Social* și *Comitetul Regiunilor* – organisme consultative oficiale ale UE. Punctul lor de vedere este consultativ³.

Art. 14 alin. (4) din *Tratatul privind Uniunea Europeană*, prevede **dreptul de inițiativă legislativă al cetățenilor Uniunii**⁴. În sinteză, acesta presupune următoarele:

- instituțiile (Uniunii) acordă cetățenilor și asociațiilor reprezentative posibilitatea de a-și face cunoscute opiniile și de a face schimb de opinii în mod public, în toate domeniile de acțiune ale UE, menținând un dialog deschis, transparent și constant cu aceștia și cu societatea civilă;

¹ Semnalăm în acest sens, publicarea de către un tânăr autor, Adrian Băncilă, a unei importante contribuții în materie: „*Elaborarea și sistematizarea actelor normative*”, Ed. Sitech, Craiova, 2014.

² Până la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, în UE existau peste 50 de proceduri legislative, printre care: procedura consultării, procedura codeciziei, procedura concilierii, procedura avizării, procedura cooperării ș.a. (A. Fuerea, *Manualul Uniunii Europene*, ed. a V-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 161).

³ **În comparație cu sistemele de legiferare naționale** – unde voința populară își găsește exprimarea în Parlament – la nivelul UE se acordă un important rol legislativ reprezentanților statelor membre în cadrul Consiliului. Astfel că, în prezent, Consiliul împarte competențele legislative cu Parlamentul European.

⁴ *Regulamentul (UE) nr. 211/2011 privind inițiativa cetățenească, precum și Regulamentul (UE) nr. 1179/2011 de stabilire a unor specificații tehnice pentru sistemele de colectare online*, reglementează procedurile și condițiile pe care trebuie să le respecte inițiativa cetățenească.

– cel puțin un milion de cetățeni ai UE, provenind din cel puțin 7 state membre din cele 28 (la momentul 2009), în fiecare dintre aceste state fiind nevoie de un număr minim de semnatori⁵;

– pentru formularea unei asemenea inițiative legislative, cetățenii trebuie să formeze un „comitet al cetățenilor”, compus din cel puțin 7 cetățeni cu reședință în cel puțin 7 state membre diferite, toți având cetățenia UE și vârsta care le permite să voteze pentru Parlamentul European⁶.

Comitetul cetățenilor, înainte de a începe să colecteze declarațiile de susținere ale cetățenilor, trebuie să-și înregistreze inițiativa pe portalul Comisiei Europene.

Comisia examinează inițiativa și dacă o acceptă este demarată procedura legislativă obișnuită. În urma adoptării (dacă este adoptată) inițiativa legislativă cetățenească devine act legislativ.

În **dreptul românesc**, inițiativa legislativă a cetățenilor este condiționată – potrivit Constituției – de existența a cel puțin 100.000 de semnături în sprijinul acesteia, cetățenii trebuind să provină din cel puțin un sfert din județele țării (5000 de semnături în fiecare județ, respectiv municipiul București). Totodată, Constituția interzice orice inițiativă legislativă a cetățenilor în probleme fiscale, în probleme cu caracter internațional, în domeniul amnistiei sau a grațierii.

În privința **clauzelor instituționale**, este recunoscut faptul că, deși TL a extins procedura legislativă ordinară și votul cu majoritate calificată la un număr mare de domenii, continuă să existe „domenii sensibile” (justiție, politică externă, imigrație), în care se poate legifera în cadrul unei proceduri legislative speciale sau procedura votului în unanimitate.

Între rigiditatea procedurală și nevoia de flexibilitate și de celeritate a funcționării Uniunii, TL realizează un compromis prin introducerea unor clauze instituționale, precum: *clauzele „pasarelă”, clauzele „de frânare”, clauzele „de accelerare”*.

Clauzele „pasarelă” permit – în anumite condiții – derogarea de la procedura legislativă stabilită inițial, astfel:

- „trecerea” de la o procedură legislativă specială la una ordinară, respectiv,
- „trecerea” de la un vot în unanimitate la un vot cu majoritate calificată.

Clauza „pasarelă” este activată numai în urma unei decizii a Consiliului sau a Consiliului European, adoptată în unanimitate și cu acordul tuturor statelor membre.

Mai mult decât atât, TUE – prin art. 48 – introduce o *clauză generală pasarelă*, aplicabilă tuturor politicilor europene.

Clauzele „de frânare” privesc trei domenii: *securitatea socială a lucrătorilor migranți* (art. 48 TUE), *cooperarea judiciară în materie penală* (art. 82 TUE); *norme comune pentru anumite infracțiuni* (art. 83 TUE).

În concret, *mecanismul de „frânare”* constă în faptul că un stat membru poate face apel la Consiliul European, în cazul în care consideră că principiile fundamentale ale sistemului său de securitate socială sau de justiție penală sunt amenințate de proiectul legislativ în curs de adoptare. În această situație procedura se suspendă și Consiliul European poate, fie să înapoieze proiectul la Consiliu – care poate continua procedura

⁵ Există în acest sens, o situație tabelară cu numărul minim de semnatori ai fiecărui stat al UE România – 24750 de semnatori.

⁶ 18 ani, cu excepția cetățenilor din Austria (16 ani).

ținând seama de observațiile formulate – fie poate pune capăt definitiv procedurii, solicitând – dacă se impune – o nouă propunere din partea Comisiei⁷.

Clauzele „*de accelerare*” facilitează/acelerează punerea în aplicare a unor forme de *cooperare consolidate* în anumite domenii, prin *derogarea* de la procedura de declanșare a formelor de *cooperare consolidată*⁸. Domeniile vizate de acest tip de clauze sunt: *cooperarea judiciară în materie penală* (art. 82 TFUE), *stabilirea unor norme comune pentru anumite infracțiuni* (art. 83 TFUE), *crearea unui Parchet European* (art. 86 TFUE), *cooperarea polițienească* (art. 87 TFUE).

Procedura legislativă ordinară

Procedura legislativă ordinară, reglementată de art. 294 din TFUE, înlocuiește procedura anterioară de codecizie (reglementată anterior anului 2009, în art. 252 din Tratatul instituind Comunitatea Europeană). Instituită ca *procedură de drept comun*, procedura legislativă ordinară conferă un plus de legitimitate democratică întrucât, pe de o parte implică intervenția Parlamentului european în calitate de co-legiuitor alături de Consiliu și pe de altă parte, a căpătat forță prin tradiție⁹.

Reglementarea dată de art. 294 face trimitere la patru faze/aspecte distincte specifice acestei proceduri: *prima lectură*, *a doua lectură*, *concilierea*, *a treia lectură*. Detaliem aceste momente în cele ce urmează.

Astfel, **prima lectură** presupune următoarele:

- primirea propunerii legislative de la Comisia Europeană (care-și valorifică dreptul de inițiativă legislativă);
- adoptarea, de către Parlamentul European, a propriei poziții în raport cu propunerea legislativă, poziție pe care o transmite Consiliului;
- în situația în care Consiliul aprobă poziția Parlamentului, acesta adoptă actul „*cu formularea care corespunde poziției Parlamentului European*”; în situația în care Consiliul nu aprobă poziția Parlamentului, Consiliul adoptă – **în prima lectură** – poziția sa pe care o transmite Parlamentului European.

A doua lectură¹⁰ – ca etapă a procedurii legislative ordinare constă în următoarele:

- în cazul în care, în termen de 3 luni de la data transmiterii poziției Consiliului în prima lectură, Parlamentul European aprobă poziția Consiliului sau nu se pronunță, actul respectiv se consideră adoptat în formularea care corespunde poziției Consiliului;
- în cazul în care Parlamentul – cu majoritatea voturilor membrilor – respinge poziția Consiliului, actul propus este considerat ca nefiind adoptat;
- co-legislativul (Parlamentul) poate avea și o a treia posibilitate: cu majoritatea membrilor săi, poate propune modificări la poziția Consiliului; în acest caz, textul astfel modificat se transmite Consiliului și Comisiei, care emit un aviz cu privire la aceste modificări;
- în termen de 3 luni de la primirea modificărilor Parlamentului European, Consiliul – cu majoritate calificată – aprobă modificările, iar actul este considerat adoptat;

⁷ A se vedea și, A. Băncilă, *op. cit.*, p. 226.

⁸ O cooperare consolidată se consideră stabilită din momentul în care reunește cel puțin 9 state membre.

⁹ A. Băncilă, *op. cit.*, p. 227.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 228-229.

– în situația în care modificările Parlamentului nu sunt aprobate de către Consiliu, președintele Consiliului și cel al Parlamentului European, în termen de 6 săptămâni, convoacă *comitetul de conciliere*.

În ceea ce privește **concilierea**:

– *Comitetul de conciliere* – convocat în condițiile celei de-a doua lecturi – este compus din membrii Consiliului (sau reprezentanții acestora) și tot atâția membri din partea Parlamentului;

– misiunea Comitetului este de a ajunge, cu majoritatea calificată a membrilor, la un acord asupra unui proiect comun, într-un termen limită de 6 săptămâni (de la data convocării);

– în cazul în care, în termenul prevăzut nu se ajunge la adoptarea unui proiect comun, actul propus este considerat neadoptat.

Noutatea adusă de TFUE – spre deosebire de reglementările anterioare – este că, Comisia participă la lucrările Comitetului de conciliere și poate lua orice inițiativă pe care o consideră necesară apropierea pozițiilor Parlamentului și ale Consiliului.

A treia lectură intervine în cazul în care Comitetul de conciliere aprobă un proiect comun, situație în care, Parlamentul European și Consiliul, dispun fiecare de un termen de 6 săptămâni (de la aprobare) pentru a adopta actul respectiv.

Pentru adoptarea actului este necesară o *majoritate calificată* a voturilor în consiliu, respectiv *majoritatea voturilor* de la nivelul Parlamentului¹¹.

Procedura legislativă ordinară are o sferă de aplicare extrem de largă¹². În mod selectiv, prezentăm cele mai importante domenii care-și găsesc reglementare juridică prin această procedură legislativă:

- serviciile de interes economic general;
- procedura privind dreptul de acces la documente;
- protecția datelor;
- principiile privind combaterea discriminării exercitate pe motive de naționalitate;
- facilitarea exercitării dreptului cetățenilor de a circula și de a se stabili pe teritoriul statelor membre;
- inițiativa cetățenească;
- cooperarea vamală;
- politica agricolă comună;
- libera circulație a lucrătorilor;
- liberalizarea serviciilor în anumite sectoare;
- serviciile;
- azilul;
- imigrația și combaterea traficului de persoane;
- stimularea integrării resortisanților țărilor terțe;
- cooperarea judiciară în materie civilă și în materie penală;
- cooperarea polițienească;

¹¹ *Ibidem*, p. 229.

¹² A se vedea Raportul A6-0013/2008 privind Tratatul de la Lisabona 2007/2266 (INI) disponibil la http://www.europarl.europa.eu/information/legal_bases_ro.pdf. Raportul cuprinde 85 de domenii reglementate prin procedura legislativă ordinară.

- transportul maritim și aerian;
- stimularea ocupării forței de muncă;
- politica socială;
- Fondul Social European;
- sănătatea publică.

Procedura legislativă specială¹³

Potrivit noului Tratat, procedurile speciale înlocuiesc procedurile anterioare de consultare, de cooperare și de aviz conform, scopul lor fiind simplificarea procesului de luare a deciziilor, sporind în același timp claritatea și eficacitatea acestui proces.

Fiind proceduri legislative derogatorii de la procedura legislativă ordinară, acestea se caracterizează în principal prin faptul că **singurul organ legiuitor este Consiliul UE**, rolul Parlamentului European fiind limitat doar la consultare.

Procedurile legislative speciale nu sunt riguros reglementate în TFUE, precum procedura legislativă ordinară, articole din TFUE și TUE, punând în aplicare, de la caz la caz, regulile ce privesc aceste proceduri speciale.

Distingem drept **proceduri legislative speciale principale**, consultarea și aprobarea, precum și altele, cu o pondere mai redusă: *procedura de avizare în temeiul art. 140 TFUE, proceduri privind dialogul social, proceduri privind examinarea acordurilor voluntare, codificarea.*

Consultarea, potrivit art. 289 din TFUE, *este o procedură legislativă specială prin care Parlamentului i se solicită avizul cu privire la legislația propusă, înainte ca aceasta să fie adoptată de Consiliu.*

Parlamentul European poate aproba sau respinge o propunere legislativă sau poate propune amendamente la aceasta, Consiliul având obligația legală de a ține seama de avizul Parlamentului; cu toate acestea, potrivit jurisprudenței Curții de Justiție acesta nu trebuie să ia o decizie în lipsa acestuia.

Procedura de mai sus se aplică într-un număr limitat de domenii legislative: *derogările de pe piața internă și dreptul concurențial*. Ca procedură nelegislativă, consultarea este utilizată într-un număr redus de cazuri¹⁴.

Aprobarea, dată de Parlamentul European – în anumite domenii legislative – potrivit art. 289 alin. (2) din TFUE, este considerată procedură legislativă specială. Această procedură în care Parlamentul are rolul de a aproba sau de a respinge propunerea legislativă fără alte amendamente, *conferă Parlamentului un veritabil drept de veto.*

Ca procedură legislativă, aprobarea este utilizată și în cazul adoptării de acte legislative în domeniul combaterii discriminării și în situația în care se aplică temeiul juridic general privind subsidiaritatea (art. 352 din TFUE).

Ca procedură nelegislativă, aprobarea este necesară și în situația în care Consiliul adoptă anumite acorduri internaționale.

Procedura de avizare în temeiul art. 140 TFUE (uniunea monetară) este specifică situației în care Consiliul, la propunerea Comisiei și după ce Parlamentul și-a

¹³ Pe larg, a se vedea A. Băncilă, *op. cit.*, pp. 234-238.

¹⁴ De regulă, în cazul ratificării anumitor acorduri negociate de UE, în cazurile de încălcare gravă a drepturilor fundamentale (potrivit art. 7 din TUE), în cazul aderării unor noi state membre sau pentru retragerea din UE.

exprimat avizul, decide care dintre statele membre care fac obiectul unei derogări, îndeplinesc condițiile necesare pentru adoptarea monedei unice potrivit criteriilor impuse de art. 140 alin. (1) din TFUE, punând astfel capăt derogării acordate statelor membre respective.

În cadrul acestei proceduri, Parlamentul votează recomandările în bloc și nu poate depune niciun amendament¹⁵.

Procedurile privind dialogul social sunt utilizate potrivit obiectivului UE de a promova dialogul între parteneri sociali, în special în vederea încheierii de acorduri sau convenții. Conform art. 154 TFUE, Comisia are misiunea de a promova consultarea partenerilor sociali la nivelul UE, cu privire la orientările potențiale ale acesteia, înainte de a prezenta propuneri Parlamentului.

Orice acord încheiat de partenerii sociali și orice document elaborat în acest sens de către Comisie, se înaintează comisiei competente din Parlament. În situația în care partenerii sociali au ajuns la un acord și au solicitat în comun ca acesta să fie pus în aplicare printr-o decizie a Consiliului la propunerea Comisiei, în temeiul art. 155 alin. (2) din TFUE, comisia competentă depune o propunere de rezoluție prin care recomandă adoptarea sau respingerea cererii¹⁶.

Procedurile privind examinarea acordurilor voluntare sunt utilizate în situația în care Comisia informează Parlamentul cu privire la intenția sa de a recurge la acorduri voluntare ca alternativă la legiferare. În acest caz, comisia parlamentară competentă poate prezenta o propunere de rezoluție, prin care recomandă adoptarea sau respingerea propunerii și precizează condițiile care trebuie îndeplinite în vederea adoptării sau respingerii¹⁷.

Codificarea oficială reprezintă **procedura de abrogare** a actelor care fac obiectul codificării și înlocuirea acestora cu un act unic. Versiunea consolidată a actului include toate modificările aduse din momentul în care acesta a intrat în vigoare.

Codificarea facilitează înțelegerea legislației UE, legislație care, asemenea celor din statele membre ale UE, este supusă unor frecvente modificări.

În concret, propunerea Comisiei de codificare este examinată de structurile juridice ale Parlamentului și, dacă nu există modificări de fond, se aplică procedura simplificată de adoptare a unui raport (conform art. 46 din Regulament).

Propunerea Comisiei va fi examinată integral, printr-o procedură simplificată în cadrul Parlamentului European și al Consiliului.

* *

*

Acestea au fost principalele aspecte considerate drept importante care privesc adoptarea actelor legislative la nivelul UE.

În comparație cu legislația națională în materie, se pot constata o serie de diferențe specifice. Câteva dintre acestea pot fi subsumate următoarelor aspecte principale:

¹⁵ A. Băncilă, *op. cit.*, p. 236.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

– spre deosebire de dreptul național românesc (și nu numai), în care singur legiuitor, în sens restrâns, este Parlamentul, la nivelul UE, activitatea de legiferare este în sarcina mai multor entități, fiecare cu zona sa de competență legislativă;

– în sistemul românesc, competențele de legiferare sunt împărțite între cele două Camere (Camera Deputaților și Senat), nemaexistând – așa cum se proceda, până la revizuirea Constituției din 2003 – procedura de mediere, prezentă de altfel, cu particularitățile sale, la nivelul procesului legislativ din UE;

– în privința inițiativei legislative, la nivelul UE, Comisia Europeană este singura în măsură să inițieze proiecte legislative. În dreptul românesc, dreptul de inițiativă legislativă este acordat atât autorității executive (prin Guvern), cât și parlamentarilor (deputați și senatori), inclusiv, cetățenilor (sub forma inițiativei legislative „populare”);

– spre deosebire de sistemele naționale (inclusiv românesc), în care voința populară se exprimă prin Parlament, în UE s-a acordat reprezentanților statelor membre un rol legislativ important în cadrul Consiliului.

Desigur, pe lângă aceste deosebiri pot fi identificate și altele, însă spațiul acordat acestui studiu nu ne permite o dezvoltare a analizei comparative, nici formulării de propuneri de *lege ferenda*. Poate cu un alt prilej.

În concluzie, indiferent de maniera diferențiată mai mult sau mai puțin în care se procedează la edictarea actelor juridice normative atât în UE, cât și în dreptul național, un fapt rămâne cert: necesitatea adoptării actelor normative/legislative în condițiile și la nivelul cerințelor specifice unei bune guvernări, este un deziderat de care depinde în mod substanțial mai binele public, binele comun, al tuturor cetățenilor.

CONSIDERAȚII GENERALE PRIVIND CONCEPTUL DE JUSTIȚIE ÎN ACCEPȚIUNEA LUI HEGEL*

Emilian CIONGARU**

Abstract:

Hegel believes that justice begins her achievement in the form of universality from even the moment of legislating in the sense that legislating is not just the fact that by law is declared something as rule of conduct be valid for all but the internal essential moment is knowledge of content, his determined universality. For Hegel, only law which interested in achieving of justice is written law, especially in terms of coding of written law. On the assumption that law would restrict to custom, even if it would realize the custom collections, we are not in the presence of an objective law, because customary is for itself, indefinitely. Hegel also considers that, in the framework of the positive law, what is in accordance to law is the source of knowledge of what constitutes the law what, ie is appropriate of the justice and the judge executes and achieves justice by the fact that the law is a universal determination which should be applied to the singular case. Citizens, in all cases, take as a singularity, in the logical sphere of the universal of the concept of citizen, have an obligation to obey of the law, or, for this, necessity is that the laws to be brought to general knowledge.

Keywords: justice; law; custom; written law; rule of law

Scurte considerații cu privire la filosofia lui Hegel

În istoria filosofiei occidentale a lui Bertrand Russell acesta în bună parte este, destul de critic față de filosofia dreptului și a statului a lui Hegel¹, mai ales în ceea ce privește doctrina despre stat a acestuia prin care afirmă că: *Așa arată doctrina hegeliană a statului – o doctrină care, dacă este acceptată, justifică orice tiranie internă și orice agresiune externă care se poate imagina*².

Mult mai critic, fundamentându-și opiniile pe texte culese din *Fenomenologia spiritului* care a fost publicată de Hegel în 1841, dar și pe cartea sa de referință *Principiile filosofiei dreptului sau elemente de drept natural și de știință a statului* care a publicată de către elevii lui Hegel în 1854, este Karl Popper, care îl acuză pe Hegel de a fi un precursor al totalitarismului modern³, întrucât susține că statul prusac și întregul

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

** Conf. univ. dr. Universitatea „Bioterra” din București; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; e-mail: emil_ciongaru@yahoo.com

¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) a fost un filozof german, principal reprezentant al idealismului în filosofia secolului al XIX-lea.

² Russell B., *Istoria filosofiei occidentale*, vol. II, Ed. Humanitas, București, 2005, p. 243.

³ Popper K., *Societatea deschisă și dușmanii ei*, vol. II – *Epoca marilor profeți: Hegel și Marx*, Ed. Humanitas, București, 1993, p. 71.

spirit german al acestuia este spiritul lumii noi care are ca scop realizarea adevărului *absolut* ca autodeterminare infinită a *libertății*, așadar o apologie a statului prusac⁴.

Apreciind că *Hegel a exercitat cea mai mare influență asupra tuturor*, un alt autor atrage atenția că filosofia lui Hegel, prin sublinierea ascendenței statului asupra individului, ca și prin rolul acordat poliției sau administrației în reglementarea raporturilor dintre cetățean și stat, *a inspirat în mod direct și puternic ideile fasciste în ceea ce privește corporația și statul totalitar* și că distorsionează noțiunea de *rațional* spre a acoperi evaluări de natură a justifica autocrația⁵.

Tot astfel cum Friedrich C.J., critică de asemenea filosofia hegeliană a dreptului, întrucât Hegel consideră, pe de o parte, că poliția și corporațiile trebuie să aibă un rol important în asigurarea ordinii legale, cea prezentă timpului Prusiei sale – conform celebrei sale teze că *ceea ce este real este și rațional*, așadar ordinea politică a statului prusac reprezintă cel mai înalt nivel la care Spiritul, Ideea absolută se substanțializează în realizarea sa ca universalitate, iar, pe de altă parte, întrucât statul prusac, reprezentând universalitatea realizată de Spirit, este realizarea etică a Ideii absolute⁶.

O idee nuanțată în aprecierile cu privire la filosofia de ansamblu a lui Hegel, valabilă, prin consecințe, și în ceea ce privește filosofia sa a dreptului, a formulat-o, la începutul anilor 80, una alt autor⁷: Heinrich Heine, poetul, și Engels, tovarășul de idei al lui Marx, au observat că însăși pedanta, greoaia, plictisitoare filosofie de stat prusiană a lui Hegel poate ascunde, în spatele ei, revoluția, atunci ceea ce Hegel nota în *Prefață* la a sa *Principii de filosofie a dreptului... Ceea ce este rațional este real și ceea ce este real este rațional*⁸, nu doar că este o teză profund conservatoare, ci conține și opusul ei, în măsură să se dezvăluie mai pe urmă: *tot ce există merită să piară*.

Scurte conotații ale conceptului de stat și ale conceptului de stat de drept

Pentru a înțelege, în sensul pozitiv, conceptul și teoria realizării justiției în accepțiunea lui Hegel, trebuie mai întâi remarcat faptul că, pentru acesta, *statul* este văzut ca o comunitate etică⁹, dar fără a se identifica cu *societatea civilă*, așadar statul este într-un anume raport cu individul, că statul este *spirit obiectiv*¹⁰, în timp ce individul nu are, nu posedă în substanța sa nicio obiectivitate și nici adevăr și caracter etic, el, individul urmărindu-și doar interesul său singular¹¹.

Pe de o parte, statul, ca *întreg etic și realizare a libertății*¹², este *universalul*¹³, căci universalul este întregul, este o *putere a ceea ce este drept și etic*¹⁴, în timp ce individul,

⁴ *Ibidem*, p. 58.

⁵ Friedmann W., *Legal Theory* (fourth ed.), London, Stevens & Sons, 1960, pp. 120-121.

⁶ Friedrich C.J., *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago, The University of Chicago, 1958, p. 135.

⁷ Ianoși I., *Hegel și arta*, Ed. Meridiane, București, 1980, p. 22.

⁸ Hegel G.W.Fr., *Principiile filosofiei dreptului sau Elemente de drept natural și de știință a statului*, Ed. IRI, București, 1996, p. 17.

⁹ Friedrich C.J., *op. cit.*, p. 131.

¹⁰ Craiovan I., *Filosofia dreptului sau dreptul ca filosofie*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 204.

¹¹ Hegel G.W.Fr. *Principiile filosofiei dreptului sau Elemente de drept natural și de știință a statului*, p. 278.

¹² *Ibidem*, p. 281.

altfel spus ca expresie a singularului, a subiectivului, a neeticului și a neadevărului, căci adevărul este întregul – o altă teză a lui Hegel¹⁵.

Statul, în opinia lui Hegel, se mai bucură de un predicat, ceea ce și este esențial în înțelegerea justiției: statul, realitate de ordin etic, este o întrepătrundere a substanțialului și a particularului¹⁶, nu poate fi considerat ca o sumă mecanică de singularități individuale, cu scopuri individuale, ca atare subiective, ci reprezintă o organicitate cu caracter universal în care se integrează indivizii și scopurile lor particulare și egoiste. Tocmai de aceea statul trebuie considerat *ca spirit al unui popor*¹⁷, o altă teză interesantă în înțelegerea *teoriei justiției* a lui Hegel aplicabilă și aplicată într-un stat de drept.

Conceptul de *stat* și în special cel de *stat de drept* a avut mai multe abordări doctrinare. În opinia profesoarei Sofia Popescu *statul de drept* este definit de un anumit tip de stat care s-a format în condițiile istorice ale epocii moderne, fiind un răspuns la o mare parte a cerințelor, necesităților și exigențelor vieții reale având caracter socio-economic și etico-cultural¹⁸.

Aceeași autoare apreciază că *statul legal este expresia acelui stat-națiune care este specific școlii franceze și este caracterizat prin suveranitatea parlamentară și lege, în sens formal, ca act superior, general și necondiționat*¹⁹.

În aprecierile lui Ion Deleanu, statul de drept nu este o simplă asociere de cuvinte, ci exprimă o condiție cu privire la putere, dar naște și o nouă concepție cu privire la drept, în ceea ce privește funcțiile și rolul acestuia²⁰.

Statul de drept este definit de juristul francez Jacques Chevallier ca fiind „*tipul de regim politic în care puterea statului se află încadrată și limitată de către drept*”²¹.

Statul se identifică cu dreptul, spune Kelsen, pentru că el nu este altceva decât un sistem juridic, un sistem de conduită umană și o ordine de constrângere socială. Statul nu poate acționa decât în virtutea normelor juridice, definindu-l, ca atare²². Încercarea de a se legitima un stat ca, stat de drept este în realitate perfect inadecvată, susține Kelsen, pentru simplul motiv că orice stat trebuie să fie un *stat de drept*²³.

Richard Abel – sociolog american – referindu-se la definiția privind domnia legii atenționa că, dreptul trebuie să asigure accesul egal al tuturor cetățenilor la mijloacele juridice de corectare a nedreptăților²⁴.

¹³ A se vedea Popa N., Dogaru I., Dănișor Gh., Dănișor C.D., *Filosofia dreptului. Marile curente*. Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 250; Hegel G.W.Fr., *Știința logicii*, traducere Roșca D.D., Ed. Academiei, București, 1966, p. 10.

¹⁴ Hegel, G.W.Fr, *Principiile filosofiei dreptului sau Elemente de drept natural și de știință a statului*, p. 281

¹⁵ Hegel, G.W.Fr, *Fenomenologia spiritului*, Ed. Univers Enciclopedic Gold, București, 2014, p. 33.

¹⁶ Hegel, G.W.Fr, *Principiile filosofiei dreptului sau Elemente de drept natural și de știință a statului*, p. 286.

¹⁷ *Ibidem*, p. 315.

¹⁸ Popescu S., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 340.

¹⁹ *Ibidem*, p. 341.

²⁰ Deleanu I., *Instituții și proceduri constituționale*, Ed. Servo-Sat, Arad, 2001, p. 53.

²¹ Chevallier J., *L'État de droit*, LGDJ, Paris, *apud*, Miculescu P., *Statul de drept*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 23.

²² Kelsen H., *apud* Craiovan I., *Introducere în filosofia dreptului*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 72.

²³ *Ibidem*, pp. 72-73.

²⁴ Abel R., *Capitalism and the Rule of Law. Precondition or Contradiction*, in Law and social Inquiry, nr. 4, Fael 1990, The University of Chicago Press, p. 690, *apud* Popescu S., *Justiția și statul de drept*, în

Profesorul Gheorghe Boboș arată că denumirea teoriei statului de drept vrea să sugereze ideea că statul nu este absolut independent în activitatea sa, ci este îngădit de autoritatea dreptului²⁵.

Considerații generale privind conceptul justiției în accepțiunea lui Hegel

Pentru a înțelege exercițiului *justiției* într-un stat de drept Hegel pornea de la faptul că, în raport cu, cultura și cu dezvoltarea gândirii, *eu* fiecareia reprezintă singularul în forma universalității, că dincolo de singularitatea existenței sale, prin accidente fizice și intelectuale, ca și prin individualitatea scopurilor urmărite la nivelul ființei sale subiective prin singularitate, orice eu ca persoană aparține universalului, că, în esență, toți oamenii sunt identici. Căci, afirmă Hegel o teză deosebit de valoroasă și mai mult decât contemporană timpului nostru, „*Omul are valoare fiindcă el este om, nu fiindcă este iudeu, catolic, protestant, german, italian etc.*”²⁶.

Ca atare, susține Hegel, dreptul trebuie să devină și este o *necesitate exterioară*, spre a putea avea în vedere această universalitate în care omul este cuprins ca om, și nu ca eu singuratic, ca persoană particulară cu interese singulare, particulare opuse intereselor celorlalți.

De aceea, dreptul este *obiectiv* atunci când se adresează omului ca identic altora prin universalitate, altfel spus atunci când este cunoscut ca *drept pozitiv în genere*, căpătând astfel forma universalității, ca un drept valabil pentru toți, ceea ce semnifică însă și cunoașterea conținutului unui astfel de drept de către toți cei interesați, astfel realizându-se *egalitatea în fața legii*²⁷.

De aceea, Hegel consideră că *justiția* își începe realizarea sa în forma universalului din chiar momentul legiferării. Și anume, legiferarea nu se rezumă doar la faptul că „prin lege se declară ceva drept regulă de conduită valabilă pentru toți; ci momentul esențial intern este cunoașterea conținutului *în universalitatea lui determinată*”²⁸.

Pentru Hegel, singura lege care interesează în realizarea *justiției* este *legea scrisă*, îndeosebi sub raportul codificării dreptului scris. În ipoteza în care dreptul s-ar restrânge la *cutumă*, chiar dacă s-ar realiza culegeri de cutume, nu suntem în prezența unui drept obiectiv, întrucât cutuma este pentru sine, nedeterminată. Cutuma sau chiar culegerile scrise de cutume ating nedeterminațiile, deoarece ea se statornește pe cazuri accidentale, fără a exista ridicarea la nivelul gândului, a principiilor generale și abstracte²⁹ la care ajunge dreptul scris. O civilizație juridică cutumiară promovează și susține lipsa de justiție reală, întrucât ele sunt cunoscute într-un mod subiectiv și accidental, pe de o parte, iar pe de altă parte, cunoașterea lor, a cutumelor, *rămâne în genere ca proprietate întâmplătoare doar a puținora*³⁰.

colaborare cu Ionescu S., comunicare la Întrunirea Anuală a Comitetului de Cercetare pentru Sociologia Dreptului al Asociației Internaționale de Sociologie cu tema: „*Dreptul și Justiția într-o societate a riscului*”, Milano – Como, 2008, în limba română în revista Studii de drept românesc nr. 1-2/2009, 2008.

²⁵ Boboș Gh., *Teoria generală a statului și dreptului*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 50.

²⁶ Hegel, G.W.Fr, *Principiile filosofiei dreptului sau Elemente de drept natural și de știință a statului*, p. 238.

²⁷ *Ibidem*, p. 239.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Craiovan I., *Tratat de teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 112.

³⁰ Hegel, G.W.Fr, *Principiile filosofiei dreptului sau Elemente de drept natural și de știință a statului*, p. 239.

Dar, codul de legi – și Hegel se remarcă ca un partizan al unei codificări de tip francez, mai ales în domeniul dreptului privat – asigură accesul spre *depășirea* accidentalului, a nedeterminatului și a subiectivului, căci codul are proprietatea sistematizării, deci a prinderii universalului pe calea gândirii, așadar sesizând principiile de drept în universalitatea lor³¹.

De aceea, în cadrul *dreptului pozitiv*, consideră Hegel³², ceea ce este conform legii este izvorul cunoașterii a ceea ce constituie dreptul, adică a ceea ce este potrivit justiției. Fiind *pus în formă*, dreptul este pus *ca lege*, surprinde universalitatea și poate fi aplicat particularului, prin însăși logica sa internă de sistematizare, și surprinde și singularitatea cauzelor ridicate de justițiabili în fața judecătorului. Ca atare, judecătorul execută și realizează *justiția* prin aceea că, legea este o determinare universală care trebuie aplicată la cazul singular.

Cetățenii, în toate cazurile – înscriindu-se fiecare dintre aceștia, luați ca singularitate, în sfera logică a universalului noțiunii de *cetățean*, au obligația de a se supune legii, ori, pentru aceasta, necesitatea este ca legile să fie aduse la cunoștința generală. Căci, subliniază Hegel, constituie *injustiție* ca cetățeanul să nu poată cunoaște legea pentru că aceasta nu este publicată sau este ordonată doar în culegeri de cutume sau de jurisprudență (cazul sistemului de *common law* atât de criticat de către Hegel), ținând seama și de faptul că juriștii profesioniști, constituiți în breaslă sau castă consideră cunoașterea dreptului ca un monopol profesional, împiedicând pe cel ce nu este jurist a își exprima opinia sa asupra legii³³.

Caracterele și teoria justiției în accepțiunea lui Hegel

Așadar, conceptul de *justiție* și *teoria justiției* la Hegel prezintă, până la acest punct al expunerii, următoarele caractere:

a) *justiția* semnifică depășirea, în sensul hegelian al termenului³⁴, a subiectivității singulare a persoanei, în sensul că recunoașterea egalității sub aspect axiologic al tuturor ființelor umane, permite și asigură ridicarea la nivelul universalității, realizându-se egalitatea juridică în fața legii;

b) *justiția* nu este o stare de grație, o stare naturală, ci ea este rezultatul unei activități desfășurate de o instanță, așadar de stat, care este o structură, o entitate organică prin care indivizii singolari, ca și societatea civilă se recunosc ca un tot organic, ca formă de realizare a eticului, prevalând nu interesele lor singulare și contradictorii, ci libertatea și sentimentul etic al statului;

c) *justiția* ca rezultat al activității de *exercițiu al justiției*³⁵ presupune obiectivarea dreptului ca drept pozitiv, adică ca lege, sub cerința ca legislația statului să fie scrisă și codificată spre a putea astfel să surprindă universalitatea, determinarea generală a ceea ce este drept;

³¹ *Ibidem*, p. 240.

³² *Ibidem*, p. 242.

³³ *Ibidem*, pp. 245-246.

³⁴ Roșca D.D., *Însemnări despre Hegel*, Ed. Științifică, București, 1967, p. 62.

³⁵ Hegel, G.W.Fr, *Principiile filosofiei dreptului sau Elemente de drept natural și de știință a statului*, p. 238.

d) *justiția*, în unul dintre elementele sale importante, se realizează *doar* și în considerația că, odată codificat, dreptul pozitiv încetează a mai fi monopolul castei profesioniștilor, cunoașterea conținutului dreptului codificat de către membrii statului, în calitatea lor de cetățeni, garantând și egalitatea lor, sub aspectul cunoașterii, față de legea care li se prezintă ca ceva cunoscut în determinațiile sale generale;

e) *justiția* realizează, următorul pas, prin faptul că, ansamblul legislației codificate odată cunoscut de către cetățenii statului, dreptul ridică pe om, în considerarea universalității ființei sale, în sfera libertății; dreptul, odată codificat, surprinde determinațiile generale ale comunității-stat sub forma obligațiilor, iar omul cunoscându-le, el devine liber. Dar o libertate plătită cu prețul pierderii, topirii individualității, singularității sale în eticul supraindividual al statului ca *realitate a ideii morale*³⁶.

Desigur, continuând analiza modului în care dreptul se autodepășește, Hegel observă că dreptul nu poate fi decât un *drept formal*, întrucât transgresând subiectivitatea și manifestându-se ca voință liberă și rațională, aceasta trebuie să-și dobândească o stabilitate și o validitate ca recunoaștere din partea celuilalt/celorlalți prin forma juridică a actelor ce asigură recunoașterea dreptului dobândit³⁷ și asigurarea caracterului demonstrabil al unui astfel de drept și recunoscut prin lege.

Astfel, și numai astfel, Hegel consideră că, prin exercițiul justiției, societatea civilă, stare socială în care Ideea este pierdută în particularitate și descompusă într-o triplă dualitate, și anume: dualitatea interior-exterior, dualitatea subiectivitate-obiectivitate, dualitatea libertate-nelibertate, se reîntoarce la unitatea universalului.

Cu observația că este mai degrabă vorba de o *justiție* ce se realizează la nivelul etic al statului, indiferent de scopurile particulare și individuale ale individului, prin *autodepășirea* acestuia și a acestora statul care asigură astfel *justiția* ca reprezentând o comunitate etică indiferentă, în genere, în raport cu individul, în raport cu binele general ca sumă al binelui individual.

³⁶ Friedmann W., *op. cit.*, p. 124.

³⁷ Hegel G.W.Fr., *op. cit.*, pp. 248-249.

REFLECTAREA DECALOGULUI ÎN DREPTUL ROMÂN ACTUAL

Mihail NIEMESCH*

Abstract:

The Ten Commandments represent the law given by God unto Moses, a divine law that consecrates religious and ethical monotheism.

In short, The Decalogue represents a set of moral and natural laws, with profound positive legal meaning. The Commandments contained in the Decalogue, although they cannot be considered the foundation of morality, do not obey the exigencies of legal norms that provide both a moment for the coming into force of the law and for its becoming redundant, an adoption procedure that is part of the attributions of the entities of the state. Still, from the perspective of the people, it is important to underline the fact that The Ten Commandments, although timeless, or perhaps maybe for this reason exactly, are considered to be superior to the secular laws through their substance and perennial force, being, after all, the creation of God.

Keywords: *the Decalogue, human society, rules of conduct, legal norm, general principles*

Religia, morala, drepturile omului reprezintă cele trei brațe care alimentează abundent „bazinul juridic”. Inițial cele trei sisteme normative reprezentau un tot unitar cu ajutorul căruia comunitățile primitive reglementau raporturile sociale dintre indivizi.

După cum precizează prof. univ. Dan Țop, sentimentul mistic care a stat la baza dreptului în epoci îndepărtate a dus la o „confuzie”, mai mult sau mai puțin completă, între drept și religie, confuzie care s-a manifestat sub forma teocrației, adică guvernarea directă a societății prin zei, pe care o găsim la egipteni, unde faraonul era considerat ca un zeu, sau la evrei în perioada primitivă, unde societatea era guvernată de Iehova, sau a monarhiei de drept divin, guvernarea prin reprezentanți ai divinității, prin oameni care reprezintă divinitatea¹.

Orice rit, orice mit, orice credință sau figură divină reflectă experiența sacralului, și prin urmare implică noțiunile ființă, semnificație și adevăr (...), este greu să ne imaginăm cum ar putea funcționa spiritul uman fără a avea convingerea că ceva ireductibil real există în lume; și este cu neputință să ne închipuim cum ar putea să apară conștiința, fără a conferi o semnificație impulsurilor și experiențelor omului².

Societatea umană a trăit și se va dezvolta în spiritul de recunoaștere a puterii Divinității. Religia cu regulile sale a influențat, influențează și va influența natura umană, fenomenul social în general, în concluzie și fenomenul juridic.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Titu Maiorescu” din București; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: avocatniemesch@yahoo.com.

¹ D. Țop, *Dimensiunea istorică a dreptului*, Tipărire-Tehnoredactare SC REFACOS G.A. SRL, 2002, p. 86.

² M. Eliade, *Istoria credințelor și ideilor religioase*, vol. I, Ed. Universitas, Chișinău, 1992, p. 8.

Prin legea veșnică, Dumnezeu a decis orânduirea și conducerea lumii către scopul ei final, plan inaccesibil făpturilor umane, însă, prin normele acestui plan, voința divină își subordonează absolut tot ce există. Legea veșnică este unică și cuprinde principiile generale după care se ghidează creaturile în acțiunea lor³.

În lumea foarte variată și complexă a normelor, din care fac parte o serie de tipuri de norme ca: normele cutumiare, morale, deontologice, religioase, estetice, de conviețuire socială, normele juridice formează o specie cu un specific aparte⁴. Privind în istoria umanității, vom observa că, inițial toate popoarele, babilonienii, egiptenii, chiar și romanii nu au realizat o delimitare, o distincție între normele juridice, religioase și morale. Extrem de raționali și pragmatici, romanii au înfăptuit o separare, încă din epoca veche, așa încât, nomele de drept erau desemnate prin termenul IUS, iar cele religioase prin termenul FAS.

Omul este o ființă socială și simte nevoia de a trăi într-o comunitate, acolo unde se poate dezvolta, înmulți și șlefui. Societatea presupune însă organizare și orice sistem organizatoric presupune și reguli. Pentru ca societatea umană să funcționeze este nevoie de reguli de conduită. Aceste reguli reprezintă o necesitate și ele răspund trebuințelor oamenilor.

Astfel, una dintre cele mai importante și vechi reguli de conduită umană este Decalogul, o adevărată fundație a iudeo-creștinismului. Se cuvine a se preciza că anterior Legii celor 10 Porunci, în Vechiul Testament regăsim și alt seturi de norme de conduită, cum ar fi *regulile noahitice (Legea lui Noe)* care prevedeau printre altele: respectul față de autorități; a nu huli pe Dumnezeu; a nu vărsa sânge (interzicerea omorului); a nu cădea în idolatrie.

Decalogul, reprezintă legea dată de Dumnezeu lui Moise, o lege divină care consacră monoteismul religios și etic. Pe scurt, decalogul reprezintă un set de legi morale și naturale, cu profundă însemnătate juridică pozitivă. Din perspectiva juristului, regulile de conduită cuprinse în Decalog, deși au caracter general și impersonal, nu pot fi considerate ca norme juridice din mai multe puncte de vedere. Poruncile cuprinse în Decalog, deși pot fi considerate temelia moralității, nu se supun exigențelor normei de drept care prevăd un moment al intrării în vigoare și un moment al ieșirii din vigoare, o procedură de adoptare care este de apanajul organelor etatice. Însă, din perspectiva omului, se cuvine a sublinia faptul că Legea celor 10 Porunci, deși atemporală sau poate și din acest motiv, este superioară legilor laice prin substanță și forță perenă, fiind în fond creația lui Dumnezeu.

Juristul modern, deși cunoaște tehnicile de redactarea a normelor juridice, maniera în care aceste reguli pot eficientiza viața socială etc., cu toate că legile Decalogului au un caracter profund prohibitiv, nu poate și nici nu are dreptul să critice substanța Legii celor 10 Porunci, nici tehnicile de redactare și nici măcar lipsa totală a regulilor de procedură, **pentru simplu motiv că Decalogul reprezintă unul dintre fundamentele dreptului modern.**

³ E. Safta Romano, *Arhetipuri juridice în Biblie*, Ed. Polirom, Iași, 1997, p. 11.

⁴ E. Ciongaru, *Law as value*, in *Volume of The 18 International Conference „The Knowledge-Based Organization”*. „Nicolae Bălcescu” Land Forces Academy Publishing House, Sibiu, 2012, p. 620.

Cele 10 Porunci sunt⁵: (1) Să nu ai alți dumnezei afară de Mine; (2) Să nu-ți faci chip cioplit, nici vreo înfățișare a lucrurilor care sunt sus în ceruri, sau jos pe pământ, sau în apele mai de jos decât pământul. Să nu te închini înaintea lor și să nu le slujești; căci Eu, Domnul, Dumnezeul tău, sunt un Dumnezeu gelos, care pedepesc nelegiuirea părinților în copii până la al treilea și la al patrulea neam al celor ce Mă urăsc, și Mă îndur până la al miilea neam de cei ce Mă iubesc și păzesc poruncile Mele; (3) Să nu iei în deșert Numele Domnului, Dumnezeului tău; căci Domnul nu va lăsa nepedepsit pe cel ce va lua în deșert Numele Lui; (4) Adu-ți aminte de ziua de odihnă, ca s-o sfințești. Să lucrezi șase zile și să-ți faci lucrul tău. Dar ziua a șaptea este ziua de odihnă închinată Domnului, Dumnezeului tău: să nu faci nicio lucrare în ea, nici tu, nici fiul tău, nici fiica ta, nici robul tău, nici roaba ta, nici vita ta, nici străinul care este în casa ta. Căci în șase zile a făcut Domnul cerurile, pământul și marea și tot ce este în ele, iar în ziua a șaptea s-a odihnit: de aceea a binecuvântat Domnul ziua de odihnă și a sfințit-o; (5) Cinstește pe tatăl tău și pe mama ta, pentru ca să ți se lungească zilele în țara, pe care ți-o dă Domnul, Dumnezeul tău; (6) Să nu ucizi; (7) Să nu preacurvești; (8) Să nu furi; (9) Să nu mărturisești strâmb împotriva aproapelui tău; (10) Să nu poftești casa aproapelui tău; să nu poftești nevasta aproapelui tău, nici robul lui, nici roaba lui, nici boul lui, nici măgarul lui, nici vreun alt lucru, care este al aproapelui tău.

Autoarea Ida Schottek, precizează că primul și cel mai important moment al instaurării ordinii în viața socială recunoscut în istorie este reprezentat în scrierile iudaice clasice, prin adoptare a celor *10 Porunci (Decalogul)*. Fără doar și poate a reprezentat un factor de progres, de stăvilire a pornirilor instinctuale, pentru dobândirea unor poziții de demnitate în familie, în colectivitate⁶.

Poruncile Decalogului sunt lumini pentru viața persoanelor și a popoarelor, precum și o bază comună pentru dialog și cooperare între creștini și evrei, dar și cooperare cu alte religii, pentru apărarea demnității omului creat după chipul lui Dumnezeu, promovarea libertății și a responsabilității persoanei, pentru realizarea dreptății și solidarității sociale în viața unui popor și a păcii și întrajutorării între popoare, mai ales într-o lume marcată de multă violență, de criză economică și morală, de sărăcie și nesiguranță⁷.

În prezent, în România, libertatea religioasă este respectată și garantată, atât la nivelul legislației obișnuite, cât și la nivel constituțional. Astfel, se evidențiază în primul rând Legea nr. 489/2006 privind libertatea religioasă și regimul general al cultelor. Acest act normativ reglementează mai multe aspecte esențiale legate de protecția cultelor religioase. În acest sens, legea evocată reglementează relațiile dintre stat și culte, recunoscând rolul esențial al acestora în societate, pe linie spirituală, culturală, caritabilă etc. Totodată, legea instituie și condițiile de recunoaștere a calității de cult, reglementat

⁵ A se vedea Biblia, Ed. Societatea Biblică pentru răspândirea Bibliei în Anglia și străinătate, București 1924, p. 80.

⁶ I. Schottek, *Vechiul Testament-Adevăruri eterne-*, Ed. Coresi, București 2002, p. 29.

⁷ D.-I. Ciobotea, *Preafericitul Părinte Daniel*, Patriarhul Bisericii Ortodoxe Române, cu ocazia evenimentului solemn „Decalogul – fundament al justiției”, organizat de Federația Comunităților Evreiești din România – Cultul Mozaic, vineri, 22 mai 2015, la Templul coral din București, <http://www.crestinortodox.ro/stiri/crestinortodox/decalogul-relatie-omului-dumnezeu-responsabilitate-fata-se-meni-148960.html>.

fiind și învățământul organizat de culte. Astfel, putem constata aici o legătură între legea laică și prima poruncă. Evident că prevederile actului normativ evocat consacra și libertatea religioasă, drept fundamental al omului.

Din punct de vedere constituțional, libertatea religioasă este garantată. Astfel, art. 29 din Constituția României prevede printre altele că:

Libertatea gândirii și a opiniilor, precum și libertatea credințelor religioase nu pot fi îngădite sub nicio formă. Nimeni nu poate fi constrâns să adopte o opinie ori să adere la o credință religioasă, contrare convingerilor sale;

Libertatea conștiinței este garantată, ea trebuie să se manifeste în spirit de toleranță și de respect reciproc;

Art. 491 C. civ. statuează că: „Părinții îndrumă copilul, potrivit propriilor convingeri, în alegerea unei religii, în condițiile legii, ținând seama de opinia, vârsta și de gradul de maturitate ale acestuia, fără a-l putea obliga să adere la o anumită religie sau la un anumit cult religios”;

Codul penal, la art. 381 incriminează și sancționează împiedicarea exercitării libertății religioase.

O altă legătură între dreptul pozitiv și Decalog o regăsim în legislația de procedură civilă, cu ocazia depunerii mărturiei în proces. Martorul pune mâna dreaptă pe Biblie și spune: „*Jur că voi spune adevărul și că nu voi ascunde nimic din ceea ce știu. Așa să-mi ajute Dumnezeu*”. Legătura cu cea de-a IX-a poruncă este întărită și de Codul penal care prevede și sancționează infracțiunea de mărturie mincinoasă⁸.

Și Codul civil face referiri la grija pentru familie. De pildă, noua legislație civilă prevede la art. 519 și urm. „obligația de întreținere”, ordinea în care se datorează și obligația copilului de a-și întreține ascendentul aflat în nevoie. Astfel, prevederile din Codul civil pot fi plicate pe cea de-a V-a poruncă a decalogului care impune iubirea față de părinți și respectul datorat acestora.

Concluzii

Din perspectiva juristului modern, dar și a cercetătorului fenomenului juridic, putem spune că decalogul, alături de alte colecții antice de reguli de conduită, reprezintă una dintre piesele de rezistență a dreptului, a statului de drept și a oricărei societăți democratice. Decalogul este extrem de prețios fiind creația lui Dumnezeu și fundament al comportamentului moralei naturale.

În România, recunoașterea și protecția religiei reprezintă o constantă la nivelul legislației naționale. Astfel, pe lângă legea-cadru evocată, Constituție, noile coduri,

⁸ Codul penal, art. 273.; (1) Fapta martorului care, într-o cauză penală, civilă sau în orice altă procedură în care se ascultă martori, face afirmații mincinoase ori nu spune tot ce știe în legătură cu faptele sau împrejurările esențiale cu privire la care este întrebat se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă; (2) Mărturia mincinoasă săvârșită: a) de un martor cu identitate protejată ori aflat în Programul de protecție a martorilor; b) de un investigator sub acoperire; c) de o persoană care întocmește un raport de expertiză ori de un interpret; d) în legătură cu o faptă pentru care legea prevede pedeapsa mai mare se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani. (3) Autorul nu se pedepsește dacă își retrage mărturia, în cauzele penale înainte de reținere, arestare sau de punerea în mișcare a acțiunii penale ori în alte cauze înainte de a se fi pronunțat o hotărâre sau de a se fi dat o altă soluție, ca urmare a mărturiei mincinoase.

regăsim, cu titlu de exemplu, referiri și în Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului sau în Legea educației naționale nr. 1/2011.

În concluzie, din perspectiva societății române contemporane, atât dreptul, cât și religia reprezintă sisteme sociale cu un profund caracter normativ. De-a lungul timpul aceste două sisteme s-au influențat reciproc, fapt care se petrece și în prezent. Religia și dreptul sunt două sisteme normative care nu se exclud, dimpotrivă, ele acționează în beneficiul propășirii spirituale, morale și sociale a omului.

Noua legislație din România, noile coduri au așezat la loc de cinste religia, pe care o ridică la rang de valoare socială supremă alături de toate drepturile și libertățile fundamentale.

CERINȚA PREVIZIBILITĂȚII LEGII – ABORDĂRI ÎN PRACTICA CURȚII CONSTITUȚIONALE ȘI INSTITUȚIEI AVOCATUL POPORULUI –

Gabriel RADU*

Abstract:

The concept of predictability of law shows a particular importance in assessing the legal framework regarding the constitutional review, but also in the doctrine study and law practice. Also, the concept of predictability of law proves to be an important tool in argumentation of exceptions or constitutionality objections raised by the Romanian Ombudsman

Keywords: *predictability of law, judicial practice, ECHR, Constitutional Court, Ombudsman*

I. Conceptul de previzibilitate (predictibilitate) în legislație, doctrină și jurisprudență

Obligația de previzibilitate a legii în elaborarea actului normativ este prevăzută în art. 23 din Legea nr. 24 din 2000, privind normele de tehnica legislativă pentru elaborarea actelor normative, în *scopul stabilității soluțiilor legislative*.

Conceptul de predictibilitate este definit în Dicționarul Explicativ al limbii române ca fiind ceva ce poate fi prevăzut sau prezis. În doctrină, valoarea vizată este aceea a securității raporturilor juridice. Totodată, în filosofia dreptului, previzibilitatea normativă este baza securității juridice, definită, la rândul ei, ca principiu și exigență a ordinii juridice, condiție a stabilității economice și sociale. Soluțiile judiciare pronunțate de instanțe, cât și administrația publică efectivă se încadrează conceptual în principiul determinist al previzibilității. Prin accepțiune a termenului, predictibilitatea este asociată unei calități, aceea de fi predictibil, anticipat. Asociat justiției, dar și actelor administrative, predictibilitatea jurisdicțională apare sub forma unor principii pe care diferitele școli de drept le identifică fie prin *Principle of Legal Certainty*, fie prin *Principio della Certezza del Diritto*, fie prin alte denumiri, concepte la origine proprii sistemului de common law, extins ulterior și în sistemul romano-german.

II. Predictibilitatea legii în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului

În jurisprudența sa, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat importanța asigurării respectării cerinței de *previzibilitate a legii*, instituind în acest sens și o serie de repere pe care legiuitorul național trebuie să le aibă în vedere pentru asigurarea acestor exigențe. Astfel, în unele cauze¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat că „nu poate fi considerată ca „lege” decât o normă enunțată cu suficientă precizie, pentru a

* Consilier, instituția Avocatul Poporului; e-mail: gabradu@gmail.com.

¹ *Sunday Times c. Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord*, 1979, *Rekvenyi c. Ungariei*, 1999, *Rotaru c. României*, 2000, *Damman c. Elveției*, 2005.

permite individului să-și regleze conduita. *Individul trebuie să fie în măsură să prevadă consecințele ce pot decurge dintr-un act determinat*”, sens în care „o normă este previzibilă numai atunci când este redactată cu suficientă precizie, în așa fel încât să permită oricărei persoane – care, la nevoie poate apela la consultanță de specialitate – să își corecteze conduita” și atunci când „oferă o anume garanție contra atingerilor arbitrare ale puterii publice”². Sub acest aspect, principiul securității juridice se corelează cu un alt principiu, dezvoltat în dreptul comunitar, și anume principiul încrederii legitime. Potrivit jurisprudenței Curții de Justiție a Comunităților Europene (de exemplu cauzele *Facini Dori c. Recre*, 1994³, *Foto-Frost c. Hauptzollant Lübeck. Ost*, 1987⁴), principiul încrederii legitime impune ca legislația să fie clară și predictibilă, unitară și coerentă⁵; de asemenea, impune limitarea posibilităților de modificare a normelor juridice, stabilitatea regulilor instituite prin acestea. În studiul noțiunii de previzibilitate, a fost avută în vedere și întinderea acesteia. Întinderea noțiunii de previzibilitate depinde astfel, într-o largă măsură de conținutul textului respectiv, de domeniul la care se referă și, de asemenea, de numărul și de calitatea destinatarilor săi.

II.1. Surse de incertitudine

Existența unor posibile surse ale incertitudinii au fost constatate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în numeroase cauze, ex. cauza *Păduraru c. României*, 2005⁶, în care Curtea a statuat că „în lipsa unui mecanism care să asigure coerența practicii instanțelor naționale, asemenea divergențe profunde de jurisprudență, ce persistă în timp și țin de un domeniu ce prezintă un mare interes social, sunt de natură să dea naștere unei incertitudini permanente și să diminueze încrederea publicului în sistemul judiciar, care reprezintă una dintre componentele statului de drept.”

De asemenea, CEDO au evidențiat prezența unor cazuri de lipsă de previzibilitate în situația în lipsei de coerență (*Viașu c. României*, 2008, și *Străin și alții, Păduraru, Porțeanu, Radu*) generate de modificările repetate care „au creat un climat de incertitudine juridică”, cât și un „echivoc al situațiilor juridice incerte”, având un caracter sistemic, pe fondul „imperfecțiunii” în ordinea juridică internă și al „disfuncționalității a legislației române” în anumite materii.

III. Chestiunea previzibilității în cadrul Deciziilor CCR

Lipsa de accesibilitate și previzibilitate a dispozițiilor legale a fost și este mai des invocată și în fața Curții Constituționale, care s-a pronunțat, într-o serie de cauze, asupra încălcării acestor exigențe. Studiul predictibilității a relevat în chestiunea predictibilității o evoluției de la o *concepție mediată* a acestei exigențe către o *afirmare directă și de sine*

² Predescu Ion, Safta Marieta, *Principiul securității juridice, fundament, al statului de drept, repere jurisprudențiale*, <https://www.ccr.ro/uploads/Publicatii%20si%20statistici/Buletin%202009/predescu.pdf>

³ Cauza C-91/92, în Takis Tridimas, „*The General Principles of EU Law*”, Oxford EC LawLibrary, p. 244., sursa: Ion Predescu, Marieta Safta <https://www.ccr.ro/uploads/Publicatii%20si%20statistici/Buletin%202009/predescu.pdf>.

⁴ Cauza 314/85, *idem*, p. 248, sursa: I. Predescu, M. Safta, *op. cit.*

⁵ A se vedea și TC Hartley, „*The foundations of European Community law*”, Oxford University Press, 2007, p. 146 și urm. – sursa: Ion Predescu, Marieta Safta, *op. cit.*

⁶ M. Of. nr. 514 din 14 iunie 2006.

stătătoare și din ce în ce mai cuprinzătoare⁷. Concepția mediată se referă la faptul că afirmarea exigenței clarității și exigibilității legii nu a fost realizată în mod direct, independent, ci, prin raportare la articole din Constituție care consacră alte drepturi și libertăți fundamentale, deci indirect. Curtea Constituțională, în Decizia nr. 903 din 6 iulie 2010 (publicată în M. Of. nr. 584 din 17 august 2010), a decis că „Analiza textelor de incriminare cuprinse în art. 11 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 55/2002 conduce la concluzia încălcării prevederilor constituționale și convenționale referitoare la dreptul la un proces echitabil, ca urmare a lipsei *de claritate și previzibilitate a normei*”. O anumită evoluție a concepției Curții s-a constatat prin Deciziile nr. 1 din 11 ianuarie 2012 (publicată în M. Of. nr. 53 din 23 ianuarie 2012) și nr. 494 din 10 mai 2012 (publicată în M. Of. nr. 407 din 19 iunie 2012)⁸, unde după ce, în prealabil, în ambele decizii Curtea reține că „orice act normativ trebuie să îndeplinească anumite cerințe calitative, printre acestea numărându-se *previzibilitatea*, ceea ce presupune ca acesta să fie suficient de precis și clar pentru a putea fi aplicat”, evidențiindu-se astfel faptul că în prima decizie citată că textul „este neclar și imprecis, astfel încât Curtea constată că, în mod evident, legea criticată este lipsită de previzibilitate, ceea ce este contrar dispozițiilor art. 1 alin. (5) din Constituție”, iar în a doua decizie citată, că prevederile legale analizate „nu întrunesc exigențele de claritate, precizie și previzibilitate și sunt astfel incompatibile cu principiul fundamental privind respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor prevăzut de art. 1 alin. (5) din Constituție”. Aici, evoluția jurisprudenței este semnificativă: pe de-o parte, se exprimă în mod direct exigența respectării de către orice act normativ a unor cerințe calitative (*previzibilitatea, precizia și claritatea*), iar, pe de altă parte, această exigență își găsește temeiul, pentru prima dată, în mod direct și de sine stătător în art. 1 alin. (5) din Constituție. De remarcat însă că, Curtea nu consideră că simpla imprecizie sau lipsă de previzibilitate a legii poate atrage, prin ea însăși, neconstituționalitatea acesteia. Curtea însă a reținut că, imprecizia sau *lipsa de previzibilitate* a textului de lege supus controlului de neconstituționalitate poate afecta demnitatea umană, valoare supremă prevăzută la art. 1 alin. (3), sau dreptul la un proces echitabil cuprins în art. 21 alin. (3) din Constituție, deci alte prevederi constituționale decât cele evocate în art. 1 alin. (5). Necesitatea Curții Constituționale de a alătura încălcarea exigenței clarității și previzibilității legii consacrată de art. 1 alin. (5) din Constituție, unei alte încălcări a unei alte dispoziții constituționale, rămâne, mai mult sau mai puțin, o constantă a jurisprudenței Curții Constituționale. Dacă la început Curtea Constituțională analiza cerința clarității și previzibilității unei legi prin prisma încălcării diverselor dispoziții constituționale, în prezent această exigență a fost cristalizată din prevederile art. 1 alin. (5) din Constituție. Pe de altă parte, exigența s-a îmbogățit din punct de vedere substanțial, Curtea Constituțională impunând respectarea unui standard cât mai înalt al calității reglementării.

Așa cum remarcă Bogdan Mărculeț în articolul citat, s-a constatat că, dacă în Decizia nr. 196 din 4 aprilie 2013 (publicată în M. Of. nr. 231 din 22 aprilie 2013), după ce reține că „textul de lege criticat este neclar și imprecis, prin urmare lipsit de previzibilitate, ceea ce contravine dispozițiilor art. 1 alin. (5) din Constituție”, Curtea

⁷ 5 februarie 2014, Bogdan Mărculeț, Niculeasa Law Office, www.juridice.ro.

⁸ Bogdan Mărculeț, Niculeasa Law Office, www.juridice.ro.

consideră că este încălcat dreptul la apărare și la un proces echitabil, ca urmare a lipsei de claritate și previzibilitate a normei, în sens contrar prin Decizia nr. 430 din 24 octombrie 2013 (publicată în M. Of. nr. 50 din 21 ianuarie 2014), Curtea Constituțională, procedează în mod invers. După ce a reținut încălcarea dreptului de proprietate, a extins controlul constituționalității dispozițiilor legale criticate și în raport de art. 1 alin. (5) din Constituție, ceea ce reprezintă o premieră și confirmă importanța din ce în ce mai mare pe care această exigență o are din perspectiva constituționalității. De altfel, poate și mai important, în această decizie, precum și într-o decizie ulterioară (Decizia nr. 447 din 29 octombrie 2013, publicată în M. Of. nr. 674 din 1 noiembrie 2013, celebră datorită dispozițiilor analizate – „codul insolvenței”), Curtea Constituțională ridică *previzibilitatea și claritatea* la nivel de „condiție esențială a calității și constituționalității normei juridice”. De asemenea, se poate remarca că, în materia controlului de constituționalitate, perspectiva previzibilității și clarității nu trebuie să cântărească în mod decisiv, ci trebuie examinată cu responsabilitate, astfel încât să nu devină un instrument facil atunci când nu există alte motive de neconstituționalitate⁹.

IV. Din practica instituției Avocatul Poporului în materia predictibilității actelor normative

IV.1. În practica instituției Avocatul Poporului, lipsa de previzibilitate, generată pe fondul lipsei de coerență și de sistematizare a legislației a condus la evidențierea unui risc major, care se poate materializa prin încălcarea unui principiu fundamental pentru statul de drept, cel al separației puterilor în stat.

Astfel, într-una dintre sesizările depuse la CCR, instituția Avocatul Poporului a argumentat că art. 2 din Legea nr. 90/2001 contravine mai multor articole din Constituție, Convenției pentru apărarea drepturilor și a libertăților fundamentale, Declarației Universale a Drepturilor Omului și Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice.

Obiectul demersului l-a constituit examinarea Legii nr. 90/2001, care prevede că pot fi membri ai Guvernului persoanele care au numai cetățenia română și domiciliul în țară, se bucură de exercițiul drepturilor electorale, **nu au suferit condamnări penale** și nu se găsesc în unul dintre cazurile de incompatibilitate, lege în vigoare din 2001. În critica adusă actului normativ respectiv, excepție de neconstituționalitate formulată direct de către Avocatul Poporului, a considerat că prevederile art. 2 din Legea nr. 90/2001¹⁰ încalcă principiul echilibrului puterilor în stat, nu întrunesc *cerințele constituționale de previzibilitate* și proporționalitate a legii și nu permit recunoașterea dreptului la diferență pentru ocuparea, în condiții de egalitate și fără restricții nerezonabile, a unei funcții ce implică exercițiul autorității de stat. Din analiza de neconstituționalitate, Avocatul Poporului a examinat ansamblul reglementărilor referitoare la condițiile de ocupare a

⁹ Bogdan Mărculeț, Niculeasa Law Office, 5 feb 2014.

¹⁰ Avocatul Poporului a sesizat direct Curtea Constituțională cu excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 2 din Legea nr. 90/2001 privind organizarea și funcționarea Guvernului României și a ministerelor, modificată și completată, apreciind că acestea contravin prevederilor art. 1 alin. (4) și (5), art. 16 alin. (1) și (3), art. 20 și art. 53 din Constituție, precum și ale art. 14 din Convenția pentru apărarea drepturilor și a libertăților fundamentale, art. 1 din Protocolul nr. 12 la Convenție, art. 2 pct. 1 și art. 21 pct. 2 din Declarația Universală a Drepturilor Omului, art. 2 pct. 1 și art. 25 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice.

funcțiilor și demnităților publice din cadrul celor trei puteri organizate în cadrul democrației constituționale (legislativă, executivă și judecătorească) și a constatat următoarele, pe lângă **lipsa de coerență legislativă** în stabilirea unor criterii de integritate clare, obiective și general valabile pentru ocuparea funcțiilor aparținând celor trei puteri organizate în cadrul democrației constituționale, **aspect de natură să aducă atingere principiului echilibrului puterilor în stat**, consacrat de art. 1 alin. (4) din Constituție, precum și prevederilor art. 16 alin. (3) din Constituție referitoare la ocuparea funcțiilor și demnităților publice „în condițiile legii” și o **lipsă de previzibilitate** a sintagmei „nu au suferit condamnări penale” din cuprinsul art. 2 din Legea nr. 90/2001 privind organizarea și funcționarea Guvernului României și a ministerelor, modificată și completată, fapt ce aduce atingere art. 1 alin. (5) din Constituție;

În critica sa, instituția Avocatul Poporului a subliniat faptul că, e de necontestat faptul că o persoană care urmează să ocupe o funcție ce implică exercițiul autorității de stat, trebuie să îndeplinească anumite cerințe de integritate, legalitate și corectitudine menite să consolideze încrederea cetățenilor în autoritățile statului, însă cadrul legislativ ce guvernează condițiile de accedere la o funcție trebuie să fie **unul coerent, predictibil și unitar**, aplicabil tuturor reprezentanților celor trei puteri organizate în cadrul democrației constituționale. Separația puterilor în stat nu înseamnă lipsa unui mecanism de control între puterile statului; dimpotrivă, presupune existența unui control reciproc, precum și realizarea unui echilibru de forțe între acestea. Or, un asemenea echilibru nu poate fi realizat decât **prin existența unui sistem coerent** menit să asigure condiții de integritate general valabile în exercitarea funcțiilor aparținând acestor trei puteri.

Din examinarea cadrului legislativ, Avocatul Poporului observă că art. 2 din Legea nr. 90/2001 și, în special, sintagma „nu au suferit condamnări penale” **încalcă principiul previzibilității** consacrat la nivel constituțional de art. 1 alin. (5) potrivit căruia „În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie.” Cu referire la principiul previzibilității, Avocatul Poporului a amintit că, în jurisprudența sa (Decizia nr. 489/2016), Curtea Constituțională a reținut că, „potrivit Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, în cadrul soluțiilor legislative adoptate trebuie să se realizeze o configurare explicită a conceptelor și noțiunilor folosite în noua reglementare, care au un alt înțeles decât cel comun, pentru a se asigura astfel înțelegerea lor corectă și a se evita interpretările greșite (art. 25), iar, „dacă o noțiune sau un termen nu este consacrat” sau poate avea înțelesuri diferite, semnificația acestuia în context se stabilește prin actul normativ ce le instituie, în cadrul dispozițiilor generale sau într-o anexă destinată lexicului respectiv și devine obligatorie pentru actele normative din aceeași materie [art. 37 alin. (2)]. Din analiza actelor normative incidente în stabilirea condițiilor pentru ocuparea unei funcții publice sau de autoritate publică, Avocatul Poporului observă că termenii utilizați diferă de la caz la caz, în funcție de actul normativ care reglementează condițiile de ocupare a funcției. În aceste condiții, având în vedere și jurisprudența Curții Constituționale menționată mai sus, sintagma „nu au suferit condamnări penale” din art. 2 al Legii nr. 90/2001 **nu întrunește cerințele de previzibilitate**, ca o garanție pentru realizarea coerenței legislației naționale în domeniul ocupării unor funcții care implică exercițiul autorității de stat. Mai mult, chiar prin raportare la prevederile Codului penal referitoare la pedepsele complementare, sintagma „nu au suferit condamnări penale” poate suporta interpretări diferite (în sensul

de a stabili dacă prevederea legală criticată se aplică pentru orice condamnare penală sau doar pentru cele în care s-a pronunțat o hotărâre judecătorească prin care s-a dispus ca pedeapsă complementară interzicerea dreptului de a ocupa o funcție care implică exercițiul autorității de stat, prevăzută de art. 66 lit. b) C. pen.

IV.2. Ingerința în drepturile și libertățile persoanelor fizice

În argumentarea cererii privind soluționarea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 142 alin. (1) C. pr. pen., (excepție ridicată în Dosarul nr. 52586/3/2011* al Tribunalului București – Secția I penală), autorul excepției a făcut referire la aspecte referitoare la aplicarea legii procesual penale, pentru a pune în evidență ingerința serviciilor secrete în justiție. Susținând că Ministerul Public dispune de un serviciu specializat care poate acoperi toate necesitățile tehnice de punerea în executare a mandatului de supraveghere, autorul excepției concluzionează că nu e necesar sprijinul tehnic al Serviciului Român de Informații, întrucât acesta din urmă are atribuții în domeniul securității naționale, având posibilitatea de a sesiza organele de urmărire penală cu privire la săvârșirea unor infracțiuni în acest domeniu. În susținerea excepției, autorul a invocat jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la măsurile de supraveghere tehnică¹¹. De remarcat că, în motivarea excepției de neconstituționalitate se susține că sintagma „alte organe specializate ale statului” din cuprinsul art. 142 alin. (1) C. pr. pen. este lipsită ***de claritate, precizie și previzibilitate***, motiv pentru care textul criticat contravine 7 prevederilor art. 1 alin. (5) din Constituție.

IV.2.1. Aprecierea previzibilității de către instituția Avocatul Poporului respinsă de Curtea Constituțională¹²

Deși în legea sa de organizare, potrivit art. 1 alin. (1) din Legea nr. 35 din 1997, republicată, instituția Avocatul Poporului are drept scop apărarea drepturilor și libertăților persoanelor fizice în raporturile acestora cu autoritățile publice, în punctul său de vedere formulat, instituția Avocatul Poporului a apreciat că prevederile art. 142 alin. (1) C. pr. pen. sunt constituționale, considerând că supravegherea tehnică prevede suficiente garanții, prin reglementarea în detaliu a justificării emiterii autorizației, a condițiilor și a modalităților de efectuare a înregistrărilor, a instituirii unor limite cu privire la durata măsurii, a consemnării și certificării autenticității convorbirilor înregistrate, a redării integrale a acestora și a definirii persoanelor care sunt supuse interceptării. Avocatul Poporului a considerat că, Serviciul Român de Informații realizează supravegherea doar din punct de vedere tehnic, neputând să intervină în activitatea judiciară de administrare a probatoriului într-o cauză, concluzionând că dispozițiile art. 142 alin. (1) C. pr. pen. nu aduc atingere, sub niciun aspect, accesului liber la justiție și nici dreptului părților la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil. S-a mai arătat că, totodată, prevederile art. 142 alin. (1) C. pr. pen. se completează cu dispozițiile capitolului IV al titlului IV din partea generală a

¹¹ Hotărârea din 26 aprilie 2007, pronunțată în cauza *Dumitru Popescu (2) c. României* și în cauze similare, în care a fost constată neconvenționalitatea activităților de supraveghere tehnică efectuate de Serviciul Român de Informații.

¹² Decizia Nr. 51 din 16 februarie 2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 142 alin. (1) C. pr. pen.

acestui cod, capitol intitulat „Metode speciale de supraveghere sau cercetare”, care stabilesc în mod clar condițiile ce trebuie îndeplinite pentru dispunerea supravegherii tehnice. Pentru acest motiv, instituția Avocatul Poporului a considerat că textul criticat este *precis și previzibil*.

În decizia sa, Curtea Constituțională a apreciat că în Expunerea de motive a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, inițiatorul se limitează la a arăta că aceasta are ca scop respectarea dreptului la viață privată și la secretul corespondenței și, totodată, respectarea *cerințelor de accesibilitate, previzibilitate și proporționalitate* ale legii penale. Este subliniată, în acest sens, practica existentă în multe state ale Uniunii Europene, unde dispozițiile Codurilor de procedură penală, atunci când reglementează activitatea de supraveghere tehnică și de punere în executarea a acesteia, o fac prin *norme clare și previzibile și vizează doar organele judiciare*.

V. Unele concluzii

În aceea ce privește modalitatea în care a apreciat situarea conceptului de previzibilitate a legii din perspectiva drepturilor și libertăților persoanelor fizice, nici Curtea Constituțională nici instituția Avocatul Poporului nu au evidențiat o practică uniformă în abordarea chestiunilor de predictibilitate. În planul principiilor predictibilitatea nu a fost compatibilă cu uniformitatea.

Dacă în sistemul de common law, principiul *in pari materia*¹³ impune **ca în legi de compatibile** în anumite materii, să respecte simultan principiul uniformității și predictibilității, în sistemul nostru de drept, uniformitatea și predictibilitatea tind deocamdată către o consacrare principială, neatinsă însă la momentul actual.

Din analiza practicii Curții Constituționale, dar și a Curții Europene a Drepturilor Omului, criticile generale la adresa lipsei de previzibilitate a normei legale a fost însoțită adesea de cerința de principiu ca, orice act normativ trebuie să îndeplinească anumite condiții calitative, în care previzibilitatea se materializa prin precizie și claritate în aplicare. Adică, o formulare cu suficientă precizie a actului normativ permite persoanelor interesate să prevadă într-o măsură rezonabilă, în circumstanțele speței, consecințele care pot rezulta dintr-un act determinat. Dificultățile legislative în practică sunt certe, fiind dificil să se adopte legi redactate cu o precizie absolută, caracterizate de o suplețe maximă, dar caracterul mult prea general și, uneori, chiar eliptic nu trebuie să afecteze previzibilitatea legii.

Practica a evidențiat că norma este previzibilă atunci când oferă o anume garanție contra atingerilor arbitrare ale puterii publice. În același sens, principiul securității juridice se corelează cu un alt principiu de drept comunitar, respectiv principiul încrederii legitime, potrivit căruia legislația trebuie să fie clară și predictibilă, unitară și coerentă, indiferent de factorii incidentali natură istorică, sociologică, politică, economică. Totodată, practica a mai relevat că, „importanța respectării principiului securității juridice pentru existența statului de drept impune o mai mare atenție acordată calității legii”¹⁴. *În conceperea legilor trebuie avut în vedere ca acestea să nu tulbure firea lucrurilor*

¹³ Doctrine of Precedent law and legal definition, la adresa electronica, Sursa: <https://definitions.uslegal.com/d/doctrine-of-precedent/>

¹⁴ Ion Predescu, Marieta Safta, *Principiul securității juridice, fundament, al statului de drept, repere jurisprudențiale*, <https://www.ccr.ro/uploads/Publicatii%20si%20statistici/Buletin%202009/predescu.pdf>.

[...]”¹⁵, iar drept concluzie, invocarea unei recomandări a Consiliului de Stat francez¹⁶, determinată de constatarea agravării problemelor legate de securitatea juridică oferită de legislația franceză: „să legiferăm mai puțin, dar să legiferăm mai bine”¹⁷.

¹⁵ Montesquieu, *Spiritul legilor*, în Philippe Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, Ed. Humanitas, p. 120, conform sursa: Ion Predescu, Marieta Safta.

¹⁶ Conseil d'Etat, Rapport public annuel 1991, [2006], De la sécurité juridique, La Documentation française, pe larg, Sorin Popescu, Victoria Țândăreanu – „Securitatea juridică și complexitatea dreptului în atenția Consiliului de Stat francez”, în Buletin de informare legislativă nr. 1/2007., după Predescu și Safta.

¹⁷ „Légiférons moins, légiférons mieux”, în Predescu și Safta, *op. cit.*

EGALITATEA ÎN DREPTURI A CETĂȚENILOR ȘI NEDISCRIMINAREA ÎN SISTEMUL CONSTITUȚIONAL ROMÂN ȘI ÎN DREPTUL COMPARAT – ASPECTE SELECTIVE –

*Nicolae PAVEL**

Abstract:

This study has the following title: Reflections about the equal rights of citizens and non-discrimination in the Romanian constitutional system and comparative law – selective issues. Following an outline Key – are analyzed successively the following parts of the study, namely: 1. Preamble. 2. Identification of constitutional rules on the equal rights of citizens and non-discrimination in the Romanian constitutional system and comparative law – selective issues. 3. Identify regulations on the equal rights of citizens and non-discrimination in universal and European standards of human rights. 4. Highlights Romanian doctrinal and comparative law on equal rights of citizens and non-discrimination 5. Highlights jurisprudential regarding equal rights of citizens and non-discrimination in decisions of the Constitutional Court of the Romania. 6. Conclusions.

Keywords: *equal rights of citizens, non-discrimination, Romanian constitutional system, comparative law, universal standards, European standards, highlights jurisprudential*

1. Preambul

Obiectul de studiu al demersului științific va fi circumscris analizei științifice a celor patru mari părți ale acestuia respectiv: 1. Identificarea reglementărilor constituționale privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea în sistemul constituțional român și în dreptul comparat – aspecte selective; 2. Identificarea reglementărilor privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea în standardele universale și europene privind drepturile omului; 3. Repere jurisprudențiale privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și a nediscriminării, în deciziile Curții Constituționale a României. 4. Concluzii.

În opinia noastră, domeniului studiat este important pentru doctrina constituțională în materie, pentru doctrina drepturilor omului și pentru doctrina dreptului european al drepturilor omului, deoarece prin acest demers științific, ne propunem să stabilim, în abordare diacronică și selectivă o reflectare complexă și completă, dar nu exhaustivă a întregii sfere actuale privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea.

Din dreptul comparat, am selectat pentru studiul de față Constituția Franței și Constituția Belgiei, precum și doctrina constituțională franceză și belgiană deoarece,

* Conf. dr.: Cercetător științific asociat – Institutul de Cercetări „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Facultatea de drept și administrație publică, Universitatea „Spiru Haret”, București; e_mail: nicolaepavel0@yahoo.com; Traducerile din cuprinsul textului sunt efectuate de autor.

după opinia noastră, acestea au fost izvorul primar de inspirație al doctrinei constituționale române.

Din perspectiva acoperii integrale, dar nu exhaustive a sferei privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și a nediscriminării, a fost introdusă în schema logică, o abordare diacronică și selectivă a tendințelor actuale privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și a nediscriminării.

Prin această abordare, ne propunem să identificăm egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea, în Declarația universală a drepturilor omului și în celelalte documente subsecvente adoptate la nivel internațional și european, în doctrina constituțională românească și în Constituțiile unor state membre ale Uniunii Europene.

Chiar dacă egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea, se întoarce în timp la adoptarea primelor constituții scrise, interesul teoretic pentru reluarea ei este determinat de faptul că în literatura de specialitate deja existentă nu totdeauna sa acordat atenție suficientă unor aspecte teoretice privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și a nediscriminarea.

2. Identificarea reglementărilor constituționale privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea în sistemul constituțional român și în dreptul comparat – aspecte selective;

2.1. Identificarea reglementărilor constituționale privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea în sistemul constituțional român

2.1.1. Din analiza sistematică a conținutului normativ al *Statutul dezvoltator al Convenției din 7/9 August 1858*¹ care după opinia noastră, în temeiul art. XVII poate fi considerat o Constituție, *nu conține nicio dispoziție privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea.*

2.1.2. Din analiza sistematică a conținutului normativ al **Constituției române din 1866**², rezultă că aceasta nu stabilește niciun criteriu de nediscriminare.

2.1.3. Din analiza sistematică a conținutului normativ al **Constituției României din 1923**³, rezultă că aceasta este prima Constituție română care reglementează următoarele criterii de nediscriminare, în conținutul art. 5 din Titlul II intitulat Despre drepturile românilor: „Românii, fără *deosebire de origină etnică, de limbă sau de religie*, se bucură de libertatea conștiinței, de libertatea învățământului, de libertatea presei, de libertatea întrunirilor, de libertatea de asociație și de toate libertățile și drepturile stabilite prin legi”.

2.1.4. Din analiza sistematică a conținutului normativ al **Constituția României din 1938**⁴ rezultă că aceasta reglementează următoarele criterii de nediscriminare, în

¹ Muraru I., Iancu G., *Constituțiile române, Texte, Note. Prezentare comparativă*, Ed. Actami, București, 2000, pp. 7-27.

² *Ibidem*, pp. 31-80.

³ *Ibidem*, pp. 63-92.

⁴ *Ibidem*, pp. 95-119.

conținutul art. 4. art. 5 și art. 6 din conținutul Capitolului I al Titlului II, intitulat „Despre datoriile Românilor” având următoarele formulări:

1. art. 4: „Toți Românii, fără deosebire *de origine etnică și credință religioasă*, sunt datori: a socoti Patria drept cel mai de seamă temei al rostului lor în viață, a se jertfi pentru apărarea integrității, independenței și demnității ei; a contribui prin munca lor la înălțarea ei morală și propășirea ei economică; a îndeplini cu credință sarcinile obștești ce li se impun prin legi și a contribui de bună voie la împlinirea sarcinilor publice, fără de care ființa Statului nu poate viețui”.

2. art. 5: „Toți cetățenii români, fără deosebire *de origine etnică și credință religioasă*, sunt egali înaintea legii, datorându-i respect și supunere. Nimeni nu se poate socoti dezlegat de îndatoririle sale civile ori militare, publice ori particulare, pe temeiul credinței sale religioase sau de orice altfel”.

3. art. 6: „Nu se admite în Statul Român nicio deosebire *de clasă socială*. Privilegiile în așezarea dărilor sunt oprite. Micșorările și măririle de impozite nu pot fi decât generale și statornicite prin legi”.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al celor trei articole menționate mai sus, rezultă nominalizarea următoarelor criterii de nediscriminare: *originea etnică, credința religioasă și clasa socială*.

2.1.5. Din analiza sistematică a conținutului normativ al **Constituția din 1948**⁵ rezultă că aceasta reglementează următoarele criterii de nediscriminare, în conținutul art. 16 al Titlului III, intitulat „Drepturile și îndatoririle fundamentale ale cetățenilor” având următoarea formulare: „Toți cetățenii Republicii Populare Române, fără deosebire de sex, naționalitate, rasă, religie sau grad de cultură, sunt egali în fața legii”.

Criteriile de nediscriminare stabilite de textul menționat sunt următoarele: *sex, naționalitate, rasă, religie sau grad de cultură*.

2.1.6. Din analiza sistematică a conținutului normativ al **Constituția din 1952**⁶ rezultă că aceasta reglementează următoarele criterii de nediscriminare, în conținutul art. 81 al Capitolului VII, intitulat „Drepturile și datoriile fundamentale ale cetățenilor” având următoarele formulări:

1. Art. 81 alin. (1): „Oamenilor muncii, cetățeni ai Republicii Populare Române, fără deosebire de naționalitate sau rasă le este asigurată deplina egalitate de drepturi în toate domeniile vieții economice, politice și culturale”.

2. Art. 81 alin. (2): „Orice fel de îngrădire directă sau indirectă a drepturilor oamenilor muncii, cetățeni ai Republicii Populare Române, stabilirea de privilegii directe sau indirecte pe temeiul rasei sau al naționalității cărora le aparțin cetățenii, orice manifestare de șovinism, ură de rasă, ura națională sau propaganda naționalistă șovină este pedepsită de lege”.

Criteriile de nediscriminare stabilite de textele menționate sunt următoarele: *naționalitatea și rasa*.

⁵ *Ibidem*, pp. 123-139.

⁶ *Ibidem*, pp. 143-166.

2.1.7. Din analiza sistematică a conținutului normativ al **Constituția din 1965**⁷ rezultă că aceasta reglementează următoarele criterii de nediscriminare, în conținutul art. 17 al Titlului II, intitulat „Drepturile și îndatoririle fundamentale ale cetățenilor” având următoarele formulări:

1. Art. 17 alin. (1): „Cetățenii Republicii Socialiste România, fără deosebire de naționalitate, rasă, sex sau religie, sunt egali în drepturi în toate domeniile vieții economice, politice, juridice, sociale și culturale”.

2. Art. 17 alin. (2): „Statul garantează egalitatea în drepturi a cetățenilor. Nicio îngrădire a acestor drepturi și nicio deosebire în exercitarea lor pe temeiul naționalității, rasei, sexului sau religiei nu sunt îngăduite”.

3. Art. 17 alin. (3): „Orice manifestare având ca scop stabilirea unor asemenea îngrădiri, propaganda naționalist – șovină, ațâțarea urii de rasa sau naționale, sunt pedepsite prin lege”.

Criteriile de nediscriminare stabilite de textele menționate sunt următoarele: *naționalitatea, rasa, sexul, religia*.

2.1.8. Din analiza sistematică a conținutului normativ al **Constituției României din 1991**⁸ rezultă că aceasta reglementează următoarele criterii de nediscriminare, în conținutul art. 4 alin. (2) având formularea marginală *Unitatea poporului și egalitatea între cetățeni*, din cuprinsul Titlului I, intitulat „*Principii generale*” având următoarea formulare: „România este patria comună și indivizibilă a tuturor cetățenilor săi, fără deosebire de rasă, de naționalitate, de origine etnică, de limbă, de religie, de sex, de opinie, de apartenență politică, de avere sau de origine socială”.

Criteriile de nediscriminare stabilite de textul menționat este, după opinia noastră cel mai complet și cuprinde toate criteriile de nediscriminare formulate în documentele internaționale și europene din domeniul drepturilor omului, existente la data elaborării Constituției.

2.1.9. Din analiza sistematică a conținutului normativ al **Constituției României din 2003**⁹, forma republicată a Constituției României din 1991, rezultă că aceasta reglementează aceleași criterii de nediscriminare, din cuprinsul Constituției României din 1991, tot în conținutul art. 4 alin. (2) având formularea marginală *Unitatea poporului și egalitatea între cetățeni*, din cuprinsul Titlului I, intitulat „*Principii generale*” având următoarea formulare: „România este patria comună și indivizibilă a tuturor cetățenilor săi, fără deosebire de rasă, de naționalitate, de origine etnică, de limbă, de religie, de sex, de opinie, de apartenență politică, de avere sau de origine socială”.

2.1.10. Din analiza sistematică a conținutului normativ al Proiectului de Lege privind revizuirea Constituției României¹⁰, la pct. 5 se stabilesc următoarele: La art. 4, alin. (2) se modifică și va avea următorul cuprins: (2) „România este patria comună și

⁷ *Ibidem*, pp. 169-198.

⁸ Constituția României din anul 1991, publicată în M. Of. nr. 223 din 21 martie 1991.

⁹ Constituția României din anul 1991, publicată în M. Of. nr. 223 din 21 martie 1991.

¹⁰ Proiectul de Lege privind revizuirea Constituției României, publicat în M. Of. nr. 100 din 10 februarie 2014.

indivizibilă a tuturor cetățenilor săi. Orice discriminare bazată pe sex, culoare, origine etnică sau socială, trăsătură genetică, limbă, credință sau religie, opinii politice sau de altă natură, apartenența la o minoritate națională, avere, naștere, dizabilități, vârstă sau pe orice altă situație este interzisă”.

Constatăm, că au fost introduse noi criterii de nediscriminare, prin analiza conținutului textului menționat, cu cel de la pct. 2.1.9.

2.2. Identificarea reglementărilor constituționale privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea în dreptul comparat

2.2.1. Textul integral al Constituției Franței din 4 octombrie 1958 în vigoare la data revizuirii constituționale din 23 iulie 2008¹¹, după opinia noastră, conține cele mai recente revizui.

Din analiza sistematică a Constituției Franței, rezultă că între „cuprinsul Constituției”, cu care debutează textul și „Preambulul” acesteia, a fost inserate, următoarele documente: 1. Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului din 1789. 2. Preambulul Constituției din 27 octombrie 1946. Carta mediului din anul 2004.

Aceste trei documente, formează în sistemul constituțional francez actual, așa-numitul „*bloc de constituționalitate*”.

O definiție suficient de generală, după opinia noastră, pentru conceptul, menționat mai sus este următoarea: „*Blocul de constituționalitate*” nu există; definit ca ansamblul al normelor cu valoare constituțională, nu este nici măcar sigur că ar fi existat vreodată. Normele de referință ale controlului de constituționalitate, care sunt înainte de toate norme cu valoare constituțională, nu se limitează la normele constituționale; Ele acoperă de asemenea norme exterioare Constituției și la care aceasta trimite¹².

Din analiza sistematică a conținutului Declarației Drepturilor Omului și Cetățeanului din 1789, rezultă că aceasta în conținutul art. 1 stabilește următorul principiu referitor la egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea: „*Oamenii se nasc și rămân liberi și egali în drepturi. Deosebirile sociale se pot baza numai pe utilitate comună*”.

2.2.2. „Textul Constituției Belgiei din 17 februarie 1994, completată cu revizuirile constituționale până la data 12 martie 2014”¹³

Constituția Belgiei „*Textul Constituției Belgiei din 17 februarie 1994, completată cu revizuirile constituționale până la data 12 martie 2014*”, după opinia noastră, conține cele mai recente revizui.

De asemenea, trebuie precizat că Legea fundamentală a Belgiei din anul 1831 a constituit un izvor de inspirație pentru constituțiile altor state printre care menționăm și Constituția României din anul 1866.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în conținutul art. 11 stabilește următorul principiu referitor la egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea: „*Folosința drepturilor și libertăților recunoscute*

¹¹ www.conseil-constitutionnel.fr/...constitutionnel...

¹² <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>: Agnès Roblot-Troizier, *Réflexions sur la constitutionalité par renvoi*, Cahier du Conseil constitutionnel nr. 22 – juin 2007, p. 1. (Traducere autor).

¹³ *La Constitution Belge*, mai 2014, Chambres des Représentants, Service juridique de la Chambre des représentants. (Traducere autor).

belgienilor trebuie să fie asigurată fără discriminare. În acest scop, legea și decretul garantează în special drepturile și libertățile minorităților ideologice și filosofice”.

3. Identificarea reglementărilor privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea în standardele universale și europene privind drepturile omului.

3.1. Identificarea reglementărilor privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea în standardele universale privind drepturile omului

3.1.1. Declarația universală a drepturilor omului

Acest document, așa cum îl indică și titlul, nu constituie decât o declarație, și nu o convenție cu forță juridică obligatorie. Putem afirma că *Declarația universală a drepturilor omului*¹⁴ reprezintă un document cu valoare de simbol și cu valoare universală în istoria drepturilor omului.

De asemenea, se impune să menționăm că în sistemul constituțional român, începând cu intrarea în vigoare a Constituției României din anul 1991, și sub regimul constituțional al Constituției României, revizuită în anul 2003¹⁵, *Declarația universală a drepturilor omului*, a dobândit *valoare constituțională*, fiind nominalizată *expressis verbis* în conținutul normativ al art. 20 din Constituție.

Din analiza conținutului normativ al Declarației, rezultă că aceasta în cuprinsul art. 2 stabilește următoarele principii cu valoare universală privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea: „Fiecare om se poate prevala de toate drepturile și libertățile proclamate în prezenta declarație fără niciun fel de deosebire ca, de pildă, deosebirea de rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau orice altă opinie, de origine națională sau socială, avere, naștere sau orice alte împrejurări”.

3.2. Identificarea reglementărilor privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea în standardele europene în materia drepturilor omului

*3.2.1. Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale*¹⁶

Din analiza conținutului normativ al Convenției, rezultă că aceasta în cuprinsul art. 14, intitulat *Interzicerea discriminării* stabilește următorul principiu cu valoare europeană: „Exercitarea drepturilor și libertăților recunoscute de prezenta convenție trebuie să fie asigurată fără nicio deosebire bazată, în special, pe sex, rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenență la o minoritate națională, avere, naștere sau orice altă situație”.

3.2.2. Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene¹⁷ rezultă că aceasta, în cuprinsul Titlului III, intitulat „Egalitatea”, în conținutul normativ al art. 21, intitulat „Nediscriminarea”, stabilește următorul principiu: „Se interzice discriminarea de orice fel, bazată pe motive precum sexul, rasa, culoarea,

¹⁴ Adoptată sub forma unei rezoluții de Adunarea Generală a ONU, la 10 decembrie 1948.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003, este forma republicată a Constituției României din 1991.

¹⁶ Ratificată prin Legea nr. 30/1994, promulgată prin Decretul nr. 74/1994 și publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994.

¹⁷ *Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene*, publicată în JOUE, 2012/C326/02 RO, anul 55, 26 octombrie 2012, pp. 391-407.

originea etnică sau socială, caracteristicile genetice, limba, religia sau convingerile, opiniile politice sau de orice altă natură, apartenența la o minoritate națională, averea, nașterea, un handicap, vârsta sau orientarea sexuală”.

4. Repere jurisprudențiale privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și a nediscriminării, în deciziile Curții Constituționale a României

4.1. Decizia Curții Constituționale nr. 408/2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 850 alin. (2) C. pr. civ., publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 683 din 02 septembrie 2016

Curtea Constituțională a fost sesizată de către Judecătoria Chișineu-Criș cu excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 850 alin. (2) C. pr. civ., excepție ridicată de Societatea Cosmo-Rom SRL din Socodor, județul Arad, într-o cauză având ca obiect soluționarea unei contestații la executare prin care se solicită anularea actului de adjudecare, a procesului-verbal de licitație publică imobiliară și continuarea urmăririi de la actul desființat.

În ceea ce privește critica de neconstituționalitate formulată prin raportare la art. 16 din Constituție, referitoare la egalitatea în fața legii, Curtea constată că textele de lege criticate nu aduc atingere acestui principiu constituțional, întrucât se aplică tuturor celor aflați în situația prevăzută în ipoteza normei legale, fără nicio discriminare pe considerente arbitrare, oricare dintre creditorii chirografari putând depune creanța lor în contul prețului.

Curtea Constituțională, respinge, ca neîntemeiată, excepția de neconstituționalitate ridicată de Societatea Cosmo-Rom SRL din Socodor, județul Arad, în Dosarul nr. 368/210/2015 al Judecătoriei Chișineu-Criș și constată că dispozițiile art. 850 alin. (2) C. pr. civ. sunt constituționale în raport cu criticile formulate.

4.2. Decizia Curții Constituționale nr. 47/1994 cu privire la constituționalitatea unor prevederi din Legea privind veteranii de război, precum și unele drepturi ale invalizilor și văduvelor de război asupra neconstituționalității precizării „dacă nu au luptat împotriva armatei române” de la art. 2 lit. b) din Legea privind veteranii de război, precum și unele drepturi ale invalizilor și văduvelor de război”, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 139 din 2 iunie 1994.

Curtea Constituțională a fost sesizată, la data de 7 aprilie 1994, de către 55 de deputați asupra neconstituționalității precizării „dacă nu au luptat împotriva armatei române” de la art. 2 lit. b) din Legea privind veteranii de război, precum și unele drepturi ale invalizilor și văduvelor de război.

Art. 4 alin. (2) din Constituție este mai puțin frecvent întâlnit în jurisprudența Curții datorită faptului că intervenția sa nu este efectiv necesară.

Asupra propunerilor de modificare a legii, Curtea Constituțională nu se poate însă pronunța, competența ei de control fiind determinată exclusiv de sesizările primite în condițiile art. 144 lit. a) din Constituție.

În final Curtea decide următoarele:

1. Art. 2 lit. b) din Legea privind veteranii de război, precum și unele drepturi ale invalizilor și văduvelor de război, referitor la cei care au fost încorporați sau mobilizați

obligatoriu, este neconstituțional în ceea ce privește condiția „dacă nu au luptat împotriva armatei române”.

2. Art. 2 lit. a) și c), precum și art. 7 lit. b) teza 1 din lege sunt neconstituționale în ceea ce privește definirea calității de veteran de război. În cadrul procedurii de reexaminare, este necesară corelarea lor, pentru a se asigura respectarea principiului egalității în drepturi a cetățenilor.

5. Concluzii

În considerarea celor expuse în studiul de mai sus reținem, următoarele idei pe care le menționăm mai jos:

5.1. Obiectivul studiului privind *reflecții în legătură cu egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea în sistemul constituțional român și în dreptul comparat – aspecte selective* după opinia noastră a fost realizat.

5.2. În opinia noastră, domeniul studiat este important pentru doctrina constituțională în materie, pentru doctrina drepturilor omului și pentru doctrina dreptului european al drepturilor omului.

5.3. Au fost identificate succesiv reglementărilor constituționale privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea în sistemul constituțional român și în dreptul comparat.

5.4. Cele patru părți ale studiului pot fi considerat o contribuție la extinderea cercetărilor în materia clasificării drepturilor și libertăților fundamentale, în concordanță cu trendul actual în materie.

5.5. De asemenea, precizăm că studiul de mai sus, deschide o viziune complexă și completă, dar nu exhaustivă în domeniul analizat.

5.6. Schema-cheie propusă, având în vedere abordarea selectivă a clasificării drepturilor și libertăților fundamentale poate fi multiplicată și extinsă pentru alte studii în materie.

LEGISLAȚIA NAȚIONALĂ ÎN CEI 10 ANI DE LA ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ

*Andrei CONSTANTIN**

Abstract:

Harmonization and compatibility with the Romanian legal framework of the European Community, involved a long process of measures to reform the entire judicial system as a whole, both at the legislative and institutional.

Keywords: *Reform, transparency, predictability, harmonization, systematizing, efficient, unified practice*

1. Precizări prealabile

Această succintă expunere nu își propune o analiză amănunțită și/ori de ansamblu a evoluției întregului cadru legislativ și instituțional din cadrul măsurilor de reformă ce au survenit în sistemul judiciar după aderarea României la UE – problematică ce a constituit și constituie în continuare o temă de larg interes.

Dorim a puncta doar unele aspecte generale și exprima totodată câteva puncte de vedere, preponderent critice – față de tot acest parcurs de armonizare a dreptului românesc cu cel comunitar.

2. Câteva considerații generale privind evoluția măsurilor de reformă în plan legislativ ale României după aderarea sa la Uniunea Europeană (UE)

Începând cu 01 ianuarie 2007, România a devenit stat membru cu drepturi depline al Uniunii Europene¹, fapt ce a impus îndeplinirea unor **cerințe, condiții și termene**² pe care și le-a asumat.

În privința măsurilor de reformă a sistemului judiciar românesc care au survenit în perioada postaderării (cuprinse în capitolul „Justiție și Afaceri Interne”), trebuie subliniat faptul că, tot acest proces a reprezentat o necesitate ce a decurs din însăși opțiunea țării noastre, iar pe de altă parte a devenit o obligație pe care România și-a asumat-o prin Acordul european de asociere³.

* Dr., Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: andrei.constantin.avocat@gmail.com.

¹ De reamintit și faptul că, pentru ratificarea Tratatului de aderare la Uniunea Europeană dintre statele membre ale Uniunii cu Republica Bulgaria și România (semnat de România la 25 aprilie 2005 la Luxemburg), Parlamentul României a adoptat Legea nr. 157 din 24 mai 2005 (publicată în M. Of. nr. 465 din 1 iunie 2005).

² Angajamente acceptate și asumate de România la încheierea negocierilor de aderare din 14 decembrie 2004 și menționate la Art. 39 din Actul de aderare.

³ În luna decembrie 1991 au început la București discuțiile cu experții comunitari asupra acestui acord – încheiat la 17 noiembrie 1992.

În realizarea concordanței dreptului intern cu aquis-ul comunitar, respectiv cu legislația comunitară în ansamblul său, s-a pornit de la doctrina comunitară potrivit căreia – **relațiile dreptului comunitar cu cel național, nu se reduc la un model unic** – ceea ce a implicat, de la caz la caz mai multe modalități de concretizare, însă în strict acord cu convențiile europene și internaționale pe care România le-a ratificat, cu exigențele Consiliului Europei și ale Curții Europene a Drepturilor Omului.

Prin urmare, relațiile dreptului comunitar cu cel național, se concretizează în mai multe **modalități**⁴:

→ **substituția** – caz în care dreptul comunitar se substituie dreptului național pe care autoritățile statelor membre și-au pierdut competența să-l elaboreze (cu precădere în cazul regulamentelor);

→ **armonizarea** – caz în care dreptul național continuă să existe, dar îi lipsește posibilitatea de a-și determina singur finalitățile (în principal în cazul directivelor). Prin armonizarea legislațiilor se înțelege o modificare a conținutului normelor, dar numai în măsura în care este strict necesară, în funcție de rezultatele urmărite;

→ **coordonarea** – situație în care nu sunt afectate drepturile naționale, dreptul comunitar intervenind doar pe planul efectelor, pentru a le coordona în beneficiul subiecților de drept care aparțin mai multora dintre state care își coordonează legislațiile;

→ **coexistența** – caz în care dreptul comunitar și dreptul național sunt aplicabile concomitent, atunci când ele guvernează același obiect, dar în dimensiuni diferite;

→ **apropierea legislațiilor** – înseamnă examinarea legăturilor dintre idei, texte sau instituții și combinarea acestora pentru stabilirea unor reguli comune sau a unor principii generale;

→ **unificarea legislațiilor** – presupune stabilirea de reguli comune, identice;

→ **uniformizarea legislațiilor** – se plasează între armonizare și unificare.

Pe de altă parte, se cuvine a sublinia faptul că, potrivit criteriilor Uniunii Europene – ce au fost asumate atât de statele candidate, cât și de cele membre ale Uniunii Europene, armonizarea dreptului intern cu cel comunitar a devenit o necesitate, o obligație liber consimțită.

⁴ A se vedea în acest sens:

♦ „Pregătirea României pentru aderarea la Uniunea Europeană” – Ministerul Integrării Europene, București, februarie 2003.

♦ Sofia Popescu, *Sociologie juridică*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 195-206 – „Scenariul optim este și în domeniul juridic – acela al unei Europe multiculturale care să excludă etnocentrismul”. Autoarea subliniază necesitatea coexistenței unei pluralități de sisteme de drept („o unitate în diversitate”), pentru că fiecare cultură juridică posedă anumite particularități și experiențe care o fac să se deosebească de celelalte culturi juridice, iar „conservarea tradiției naționale în domeniul juridic este condiția sine qua non a păstrării culturii juridice a fiecărui popor, ceea ce nu exclude, ci dimpotrivă reclamă recepționarea influențelor pozitive ale altor culturi juridice”

♦ Dumitru Mazilu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 96 (*apud* Gh. Mihai în „*Fundamentele dreptului*” (vol. III), Ed. All Beck, București, 2004, p. 137): „Dreptul comunitar nu înseamnă dispariția ordinilor juridice naționale, ci adaptarea lor la o formă de cooperare modernă, eficientă economic, în cadrul unui sistem economic și politico-juridic integrat, în care își găsesc expresia ideile, gândirea și acțiunea, tradițiile și particularitățile existente în statele membre.”

♦ P.M. Cosmovici, *Elemente teoretico-metodologice și aspecte juridice privind Strategia Națională de pregătire a aderării României la Uniunea Europeană*, în *Caiete de lucru* nr. 5/1995.

În fapt aceasta presupune respectarea unor principii obligatorii, consacrate și dictate de ordinea juridică comunitară, de jurisprudența Curților comunitare de justiție⁵, în sensul că:

Dreptul comunitar are aplicabilitate imediată, directă și prioritară față de cel intern – ceea ce îi conferă autonomie și supremație.

După aderare, Comunitatea europeană, în speță Comisia Europeană, prin Rapoartele de țară întocmite, nu a vorbit decât despre măsurile de reformă ale sistemului judiciar, de lupta împotriva corupției – în sensul eficientizării întregului sistem judiciar, al cadrului legislativ în vederea atingerii unor obiective.

De subliniat faptul că, în cadrul Mecanismului de Cooperare și Verificare (MCV)⁶, nu au fost impuse nici termene, nici ce reglementări sau coduri să adoptăm, ci doar atingerea unor standarde și obiective, în acord cu legislația și normele europene.

Exemplificăm câteva dintre **recomandările și cerințele constante ale Comisiei europene**:

– transparență; previzibilitate; responsabilizare; eficientizarea activității aparatului judiciar în ansamblul său; creșterea calității înfăptuirii actului de justiție; practică unitară; independență și imparțialitate; creșterea responsabilității sistemului judiciar în general și a responsabilizării magistratului în particular; combaterea corupției; celeritate în soluționarea cauzelor.

De la data aderării la UE, România a parcurs un amplu proces de reformare atât în plan legislativ, cât și instituțional.

Măsurile de reformă din cadrul aparatului judiciar în ansamblul său, au presupus multiple reglementări în direcția consolidării întregului cadru organizatoric, sens în care a fost adoptat un volum uriaș de acte normative și legi.

Fără a se nega cătuși de puțin progresele și evoluțiile pozitive ale acestui proces complex, așa cum am precizat, vom evidenția doar unele neajunsuri și cauze care au generat adoptarea unor acte legislative deficitare și disfuncționale, reflectate de altfel în practica judiciară.

Faptul cel mai grav, că multe dintre aceste reglementări au condus la o practică neunitară, ambiguități multiple – atât în interpretare, cât și aplicare, efecte în dezacord cu scopurile avute, de natură a constitui pericole reale la adresa statului de drept/democrației.

În primul rând, pentru multe reglementări nu s-a manifestat întotdeauna o voință politică în înfăptuirea unei reforme reale. Mai degrabă, sub pretextul „necesității reformei”, s-au adoptat texte de lege deficitare⁷, ambigui, iar altele importante – au fost

⁵ O. Manolache, *Drept comunitar*, ed. a IV-a (revizuită și adăugită), Ed. All Beck, București, 2003, p. 45-52; de asemenea dispozițiile Art. 38 din *Statutul Curții Internaționale de Justiție* – în care, jurisprudența este menționată ca făcând parte din izvoarele dreptului, prin urmare, atribut normativ.

⁶ Referitor la acest mecanism, subliniem faptul că, în spațiul public, și nu numai, au fost exprimate mai multe puncte de vedere potrivit cărora, Rapoartele de țară întocmite nu au reflectat întotdeauna, fidel și întrutotul realitățile românești, că deși în esență „au fost salutate de fiecare dată progresele României”, invocarea necesității intensificării luptei împotriva corupției, nu a lipsit niciodată.

Pe de altă parte, acest mecanism a fost caracterizat de alții a fi mai mult de „verificare” și mai puțin de „cooperare”, iar instituirea Mecanismului s-a făcut într-un mod discriminatoriu, neaplicându-se și celorlalte state membre –, ci doar României și Bulgariei?!...

⁷ În această privință se cuvine a aminti și despre mecanismele defectuoase de elaborare a textului, începând cu cele privind tehnica legislativă și de sistematizare a actelor normative, a celor de codificare și că

„uitate”. Pe de altă parte, în susținerea unor interese politice, economice etc. – fie de grup sau individuale, s-a întârziat ori s-a ignorat adoptarea unor măsuri eficiente de reglementare. Alteori au fost elaborate și adoptate reglementări efemere pentru „destinatari țintă”, tocmai în scopul atingerii acestor interese.

Multe dintre modificările legislative s-au făcut conjunctural și fragmentat, ceea ce a îngreunat o corelare a legislației în ansamblu, ce au condus la o aplicare neunitară și instabilitate legislativă.

De amintit și faptul că, de multe ori s-au făcut schimbări legislative în mod nejustificat și că în alte cazuri, fără a exista oportunitate ori pentru care să necesite urgență sau să fie impuse de Comisia Europeană.

Excesul de legiferare (o „hemoragie” legislativă), prin invocarea în permanență a „urgenței”, „necesității” ori a „reformei”, graba, precipitarea nejustificată în a legifera, reprezintă de asemenea un alt motiv care a condus la acest cadru legislativ incoerent, instabil, neunitar și imprevizibil.

Pot fi date o multitudine de exemple și situații, în care o serie de legi și reglementări, imediat după intrarea lor în vigoare au fost inaplicabile, fie din lipsă de resurse materiale, logistice ori de personal.

Nu de puține ori au fost adoptate legi care nu au mai intrat în vigoare ori care, au generat efecte opuse expunerii de motive invocate care au stat la baza elaborării lor.

Un alt aspect nefast constă în faptul că, aproape a devenit „regulă” ca după adoptarea unui act normativ, acesta să intre în vigoare cu nelipsite modificări, completări ori abrogări. După intrarea în vigoare a acestor acte, urmează ordonanțe de urgență, metodologii, ordine, regulamente, instrucțiuni și norme de aplicare. Această situație devenită „practică curentă”, a condus la denaturarea textelor inițiale adoptate în Parlament, în fapt alcătuind un drept pozitiv contradictoriu sau opus scopurilor inițiale.

În acest context, este explicabil de ce multe reglementări, la scurt timp după intrarea lor în vigoare au fost declarate a fi neconstituționale⁸.

O altă cauză importantă care a afectat calitatea actelor legislative, constă în faptul că, foarte multe dintre acestea au fost adoptate în regim de urgență, fie prin asumarea răspunderii („la pachet”) – adică netransparent și fără o dezbatere parlamentară, fără o consultare a specialiștilor și practicienilor direct implicați. La toate acestea se adaugă și lipsa studiilor de impact – acest lucru nefăcându-se întotdeauna nici măcar pentru legile organice.

3. Concluzii

Din succinta expunere privind evidențierea acestor disfuncționalități, apreciem că s-ar impune în primul rând următoarele:

O regândire a strategiei și măsurilor de reformă, atât în plan legislativ, cât și instituțional;

de foarte multe ori, în acest proces nu s-a ținut cont de particularități, reguli specifice, obligatorii, inclusiv de ordin terminologic.

Din aceste motive, au rezultat texte defectuoase sub multiple aspecte ce denotă inconsecvență, lipsă de rigoare, contradictorialitate, ambiguitate, agramatism. Nu de puține ori s-au utilizat terminologii nespecifice domeniului juridic, în dezacord inclusiv cu limba română.

⁸ A se vedea Deciziile Curții Constituționale cu privire la dispozițiile actualului Cod penal și de procedură penală – ale căror reglementări au bulversat nu numai lumea juridică, dar și întreaga societate.

Angrenarea specialiștilor în acest demers – fapt ce presupune corecții legislative la nivel de sistem, legi de organizare și funcționare viabile;

Elaborarea unor criterii de selecție la baza cărora să primeze competiția, nu „clientelismul politic” și nelipsitul „algoritm”;

Conferirea unor competențe și prerogative substanțiale Consiliului legislativ, inclusiv în ceea ce privește Avocatul Poporului – care în fapt, din păcate, nu joacă decât rolul unui „intermediar de corespondență” între petent și instituțiile statului;

Legislație corespunzătoare de contracarare a tendinței din ce în ce mai accentuate de instrumentalizare a dreptului din partea factorului politic.

Mai concret, eliminarea unor instituții și structuri paralele ce au fost create – și care în realitate, nu reprezintă nimic altceva decât „instrumente politice” – ce exced prin substituie competențele unor organisme abilitate și consacrate.

Clarificarea problemei privind poziția și rolul Ministerului Public, respectiv al procurorului în cadrul puterii judecătorești, pentru a se asigura o independență și imparțialitate reală față de executiv;

Elaborarea și adoptarea unor reglementări în vederea responsabilizării magistratului pentru actul de justiție înfăptuit, atât în ceea ce privește tragerea sa la răspundere pentru erorile judiciare, dar și al apărării sale în cazul când acestea nu-i pot fi imputabile.

În această privință, s-ar putea începe cu obligativitatea asigurării profesionale a magistratului și cu reluarea proiectului JURINDEX⁹, inițiat de Tribunalul Vrancea sub egida Consiliului Superior al Magistraturii.

Acestea sunt doar câteva aspecte, pe care le considerăm a fi primordiale și de fond, fără de care nu vom putea atinge în mod real obiectivele de reformă – apte a răspunde așteptărilor.

⁹ Lansat în 4 mai 2009 și al cărei prime Conferințe a avut loc în 21 mai 2009 în Aula Universității Româno-Americane. Organizatori: Societatea de Studii Juridice, Universitatea Româno-Americană, Transparency International Romania, Uniunea Națională a Judecătorilor din România, Centrul de Studii de Drept European al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” din cadrul Academiei Române.

ACCESUL LIBER LA JUSTIȚIE ÎN DREPTUL ROMÂNESC ACTUAL

*Iosif FRIEDMANN-NICOLESCU**

Abstract:

The free acces to justice is a basic principle of the rule of law.

The principle of free access to Justice in the current Romanian legislation is to be analyzed also from the perspective of Romania's affiliation to many geo-political and geo-strategical systems, which implies also the existence of some distinctive normative acts. Romania's affiliation to the three systems regulated through the treaties which coexist between them, namely United Nations, NATO and the European Union, leads to a customization of the national legislation and case law.

Romanian current legislation and case law is at the confluence of the principles "unity in diversity" and "unity without diversity", which many times determine the appearance of some "legislative nebulae" reflected in the application of the law.

The Romanian Constitution consecrates the fundamental principle of access to justice in Art. 21.

Keywords: *Acces to justice. Rule of law. Fair trial*

ARGUMENTUM

Aspectele accesului liber la Justiție, ca și principiu de bază al Statului de Drept, îmbracă alte forme, astăzi la un deceniu de la aderarea României post-decembriste la Uniunea Europeană.

Astăzi la 10 ani de la aderarea României la Uniunea Europeană, sintagmele: „Dreptul european, este dreptul intern al României”, sau „Dreptul național face parte din Dreptul european”, reflectă o anumită realitate, care nu poate fi ignorată de sistemul judiciar național.

Epoca actuală a dreptului național, se află într-un amplu proces al transpunerii dreptului Uniunii Europene, ca și pe teritoriile altor state din construcția europeană și în dreptul altor state, sistemul de drept european tinde să devină un sistem unitar, caracterizat prin principiile generale, care sunt generate de ideea integrării într-o construcție europeană unică, a tuturor sistemelor de drept naționale.

Într-o primă etapă, tranzitorie, păstrându-se în cadrul dreptului național elemente de drept tradițional, iar la confluența dintre dreptul românesc și dreptul Uniunii Europene, apar instituții juridice noi, pe de o parte, iar pe de altă parte asistăm la trecerea către un alt sistem de gândire juridică, determinat de numeroasele transformări în noua doctrină juridică europeană, determinate de jurisprudență și ea aflată în continuă transformare.

Gândirea și regândirea dreptului, a principiilor și instituțiilor fundamentale, ale fiecărei ramuri de drept, al doctrinei juridice și jurisprudenței, este o nouă provocare pentru dreptul românesc actual, determinat de adoptarea și intrarea în vigoare într-o

* Doctor în științe juridice, Avocat; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: jfn_avocat@yahoo.com

perioadă istorică foarte scurtă a unui nou sistem normativ codificat: Codul civil, Codul de procedură civilă, Codul penal, Codul de procedură penală etc., fiind în pregătire și alte acte normative de interes major pentru societatea românească. Astfel, apare un nou sistem de gândire juridică, care determină existența unei jurisprudențe având la bază principii de drept diferite de trecutul apropiat. Toate acestea, într-o relaționare în care dreptul uniunii europene este impus prin absolut toate mijloacele, de la consens la impunere sub spectrul sancțiunilor asupra statului național care a aderat la construcția uniunii europene.

„Europenizarea” dreptului românesc, se impune a fi privită și în contextul mai larg al globalizării sistemelor de drept, ca efect al globalizării relațiilor sociale¹, economice și geo-politice la nivel mondial, într-o lume în continuă mișcare. Totodată este de observat că mijloacele de comunicare în masă și între oameni, care se realizează în „timp real” și cu costuri mici, care în urmă cu un deceniu nu erau de conceput au un rol determinant și în diseminarea informației juridice².

Evoluția dreptului național se impune a fi analizată și din perspectiva apartenenței României la mai multe sisteme geo-politice și geo-strategice, care implică și existența unor dispoziții normative distincte. Ne referim la apartenența României și la ONU, dar și la NATO, ca să nu amintim decât cele mai importante „sisteme” vitale pentru România contemporană³.

Toate aceste aspecte particulare, inexistente în urmă cu puțin timp, impun obligatoriu, o serie de analize teoretice, evaluări teoretice, determinate de o nouă viziune în interpretarea normei juridice naționale, aplicarea normei juridice naționale, în strictă concordanță cu tratatele internaționale la care România este parte. Totodată se impune elaborarea unor acte normative noi, care să evite „șocuri” majore pe plan social, economic, politic etc.

Astfel, cercetarea științifică are un rol prioritar în a găsi căi și mijloace, de trecere către un nou drept național, păstrând un just echilibru între tradiție și inovație, între ceea ce este bun în dreptul românesc și ceea ce trebuie preluat în mod critic din sistemul european de drept, fără a distruge contribuțiile românești care de-a lungul timpului s-au statornicit și s-au dovedit a avea deschidere către om.

În acest context se impune o analiză a principiului accesului liber la Justiție în Dreptul românesc actual, pe care o vom face în cadrul acestui eseu juridic exclusiv din perspectiva Constituției României⁴, fiind un început pentru o analiză amplă a unei analize dedicată întregului drept românesc contemporan, pe ramuri de drept distincte.

¹ Lumea contemporană, trece printr-o criză economică de capital ne mai întâlnită; astăzi actele de terorism sunt internaționalizate, lumea contemporană cunoaște mobilitatea unor întregi populații din zone diferite ale lumii către Europa, care conduc la schimbări majore în conceptele de Justiție, Drept, Adevăr și Dreptate.

² Referire la telefonie mobilă, la comunicarea prin WhatsApp, SMS (scurte mesaje scrise), Facebook etc.

³ Pe larg despre Conținutul substanțial – Sistemul Statului de Drept, p. 91 și urm., în J. Chevallier, *Statul de Drept*, Ed. Universul Juridic București și Universitaria Craiova, 2012.

⁴ E. Ciongaru, *Drept Constituțional și instituții politice* (I și II), ed. II-a, Ed. Scrisul Românesc, 2015, p. 136, lit. i).

Contextul analizei accesului liber la justiție

Legea fundamentală a statului român, „legea legilor”, Constituția României a fost adoptată de Adunarea Constituantă din 21 Noiembrie 1991⁵, aprobată prin Referendum național la 8 Decembrie 1991⁶.

Ulterior, Constituția a fost revizuită și reconfirmată prin Referendumul național, desfășurat în perioada 18-19 octombrie 2003.

Legea fundamentală reglementează printre altele, principiile generale de organizare a statului, drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale ale cetățenilor și autoritățile publice fundamentale.

Perenitatea Constituției actuale a României, privită din perspectiva accesului liber la Justiție, este un concept constituțional, fundamental al Statului de drept. Viziunea asupra principiului liberului acces la Justiție în mod efectiv are și dispozițiile art. 10 din Declarația universală a drepturilor omului⁷, alături de art. 14 pct. 1 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice.

Garanții constituționale ale liberului acces la Justiție

Constituția României consacră principiul fundamental al accesului la justiție – fiindcă discutăm de un principiu fundamental – în art. 21, care pentru specialiști, în cele patru alineate, stabilește care sunt pilonii acestei idei-forță care i-a animat și îi animă pe cei care cred în justiție, care cred în statul de drept și în adevăr.

Ca principiu constituțional și totodată, ca drept fundamental al persoanei, trebuie să înțelegem că acesta nu există decât în cadrul statului de drept.

Numai că, accesul liber la justiție, ca principiu constituțional, are și alte consacărări în Constituția României, și anume art. 1 alin. (3), unde se prevede foarte clar că „statul de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român.”

Acest text ne demonstrează că principiul consacrat are și un fundament. Conceptul de stat de drept, care este consacrat în diverse documente internaționale din legislațiile statelor lumii, indiferent de sistemul juridic, au în vedere ca un pilon, ca o idee-forță elementele esențiale ale accesului liber la justiție.

Expresia cea mai elocventă a organizării statale, a statului nostru de drept, stă în alin. (4) din primul text constituțional, conform căruia „statul se organizează potrivit principiilor separației și echilibrului puterilor legislativă, executivă și judecătorească, în cadrul democrației constituționale”.

Deci, această putere a statului, cea judecătorească, autoritate judecătorească conform textului constituțional, trebuie să fie o adevărată putere în stat, care să nu fie influențată de nimeni, să nu existe nicio fisură care să determine pierderea încrederii în justiție, pentru că atunci accesul la justiție nu este efectiv.

⁵ *Constituția României*, ediție îngrijită de Toader T., Safta M., ed. II-a, Ed. Hamangiu, București, 2016.

⁶ Autorul acestei comunicări, la Referendumul asupra Constituției din 8 Decembrie 1991, a fost Observator național acreditat, fiind desemnat de către Institutul pentru Apărarea Drepturilor Omului al Baroului București, alături de încă doi avocați.

⁷ Pe larg despre caracterul efectiv al drepturilor Omului, în Denis Collin, *Marile noțiuni filosofice*, 3. Justiția, Dreptul, Institutul European, Iași, 1999, p. 66 și urm.

Neîncrederea în Justiție și în actul de justiție, este o fisură subiectivă a cetățeanului, care subminează ideea de acces liber la justiție, adică de efectivitatea liberului acces la justiție.

Efectivitatea accesului liber la justiție în conștiința colectivă a cetățenilor Statului de drept, are reprezentarea că în fața judecătorului, deci a Justiției, care reprezintă idealul libertăților, ceea ce înseamnă viața trebuie să fim egali toți, indiferent în ce situație ne aflăm.

Accesul liber la justiție se realizează și prin aplicarea principiilor art. 4 alin. (2) din Constituție: „România este patria comună și indivizibilă a tuturor cetățenilor săi, fără deosebire de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, de opinii, apartenență politică, de avere sau de origine socială”.

Desigur, este evident că dreptatea este una singură și ea este și trebuie să fie dată celui care o are indiferent de rasă, naționalitate, origine etnică, religie etc., etc. În folclorul tribunalelor, circulă o butadă: „Judecătorul împarte dreptatea”, răspunsul celui cu mai multă experiență este: „Dreptatea nu se împarte; ea se dă întreagă celui care are dreptate. Dreptatea nu se fragmentează”. Este încă un principiu și o problemă de practică.

În practica de zi cu zi, privind multivalent la efectivitatea liberului acces la justiție, putem face discuții despre taxa judiciară de timbru, care este de multe ori o piedică la acest principiu.

De asemenea, în aplicarea principiului accesului liber la justiție trebuie să vedem, într-o Românie europeană, dispozițiile art. 11 alin. (1)-(3), în care statul român se obligă să îndeplinească toate obligațiile ce-i revin din tratatele internaționale, din legislația europeană.

În legătură cu accesul liber la justiție, printr-o interpretare a normelor constituționale, avem și incidența art. 15, în care cetățenii beneficiază de drepturile și libertățile consacrate prin Constituție și prin alte legi, iar obligațiile prevăzute de acestea sunt obligatorii pentru toți. De asemenea, legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile, în condițiile în care știm ce s-a întâmplat în tranziția aceasta a codurilor de procedură, în special în Codul de procedură penală – cei care aveau trei grade de jurisdicție, schimbându-se dispozițiile procedurale, începând procesele anterior intrării în vigoare a Codului penal și al celui de procedură penală, au pierdut un grad de jurisdicție, deci accesul efectiv la justiție le-a fost negat.

Corelat cu egalitatea în drepturi, care este prevăzută în mod expres în primul alineat al art. 16, în care se arată că cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice fără privilegii și discriminări este un principiu constituțional care garantează efectivitatea accesului liber la justiție, fiindcă nimeni nu este mai presus de lege.

O altă dispoziție constituțională care consacră acest principiu, fiindcă din punct de vedere tehnic analizăm nu numai ceea ce este declarativ – accesul liber la justiție, dar există și alte texte constituționale care garantează și care apără acest principiu, textele constituționale trebuie analizate ca un tot unitar. Textul constituțional: „Cetățenii români în străinătate beneficiază de liber acces la justiție în condițiile art. 17 din Constituție”, și privim din aceeași perspectivă, referitor la „cetățenii străini și apatrizi aflați temporar pe teritoriul statului român, art. 18 are în vedere că și acești cetățeni – străini și apatrizi – care locuiesc în România sau se află temporar pe teritoriul României se bucură de protecția generală a persoanelor ca și cei care locuiesc în România, a averilor lor, în condițiile legii. Dreptul de azil se acordă și se retrage în condițiile legii”.

Dacă vom analiza în continuare efectivitate accesului liber, nu putem să ocoli dispozițiile art. 19, în care „extrădarea și expulzarea în situații de excepție – și, bineînțeles, atipice – nu înlătură liberul acces la justiție, aceste operațiuni – ca să nu le spunem altfel – făcându-se exclusiv prin intermediul justiției într-un stat de drept” –, și nu pe o cale administrativă sau pe o altă cale.

Dispozițiile art. 23, care au în vedere accesul liber la justiție, prin apărarea libertăților individuale care au în vedere toate drepturile și libertățile.

Într-o analiză comparată a principiilor din însăși Constituția, vom ajunge la faptul că liberul acces la justiție este corelativ cu dreptul sacru la apărare, consacrat constituțional, fiindcă în alin. (8) al art. 23 se arată că celui reținut sau arestat i se aduc la cunoștință, în limba pe care o cunoaște și, bineînțeles, tot în prezența unui avocat și în justiție.

Nu putem trece peste analiza acestui principiu, fără a face referiri de ordin istoric, Constituție de acum 150 de ani a regelui Carol I consacra atât de modern accesul liber la justiție, în același timp, dreptul la apărare și controlul judecătoresc pentru tot ceea ce era important cu privire la drepturi și libertăți, la avere și – de ce să nu spun –, am avut o sută și patruzeci și ceva de ani o lege care a fost mai mult decât o Constituție, Codul civil român⁸, care stabilea toate drepturile cetățenilor.

PERSPECTIVE

Principiul liberului acces la Justiție trebuie privit ca esența drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, ca fiind de natură umană și totodată sacră.

Se impune reanalizarea unor acte normative din sistemul juridic național care să asigure și garantarea efectivității acestui principiu, prin trecerea de la „lozincă” formală, la transpunerea în viața de zi cu zi a acestei idei forță a statului de drept.

⁸ 1 Decembrie 1865 - 1 Octombrie 2011.

REFLECȚII CU PRIVIRE LA ATRIBUȚIILE PREFECTULUI ÎN MATERIA AJUTORULUI DE STAT

Irina ALEXE*

Abstract:

In recent years the prefect (in his/her capacity as representative of the Government at the local level) gained tasks relating to domestic proceedings in the field of state aids granted by local government authorities to various beneficiaries. The article aims at establishing to what extent this procedure, which is part of the domestic proceedings concerning the appropriateness analysis that is carried, prior to notification procedure to the European Commission by the national authority, by the Competition Council, is liable to affect the way the prefect carries out the legality review for acts issued by local administrative authorities.

Keywords: *State aid; the prefect; domestic procedure prior to notification; appropriateness analysis, legality review*

1. Succintă introducere

Cu prilejul împlinirii, la data de 1 ianuarie 2017, a zece ani de când România face parte integrantă din Uniunea Europeană, ne-am propus să analizăm, în contextul transformărilor și evoluției societății în general, dar și a instituțiilor de drept european sau național, apărute în acești ultimi zece ani, o chestiune punctuală, care vizează implicarea prefectului, o autoritate a statului român, într-o procedură internă, dar care poate avea efecte la nivelul Uniunii Europene, într-un domeniu de drept al Uniunii Europene, și anume *ajutorul de stat*.

Ne-am propus astfel să ne referim la procedura internă privind ajutorul de stat, acordat beneficiarilor la inițiativa autorităților administrației publice locale, pentru a observa dacă aceasta afectează sau nu exercitarea de către prefect a controlului de legalitate cu privire la actele autorităților administrației publice locale.

Prima parte a lucrării este consacrată **cadrlui normativ prin care, la nivelul Uniunii Europene, au fost stabilite regulile procedurale care vizează ajutorul de stat**, pentru a continua apoi **cercetarea cu reglementarea internă privind ajutorul de stat**, după care urmează să subliniem **rolul prefectului în procedura internă de acordare a ajutorului de stat** și în consecință să analizăm natura modificărilor legislative în materie, încheind analiza cu câteva **concluzii succinte**.

2. Câteva considerații cu privire la ajutorul de stat în dreptul Uniunii Europene

Politica Uniunii Europene în domeniul *concurenței*, bazată pe o concurență liberă, nedistorsionată, este esențială în funcționarea pieței interne și se axează, alături de lupta împotriva înțelegerilor anticoncurențiale între întreprinderile care activează pe piața

* Dr., Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; doctor în drept al Universității din București; arile sale de interes vizează dreptul administrativ, dreptul constituțional și dreptul european; irina_alexe@yahoo.com.

internă a Uniunii și de prevenirea abuzului de poziție dominantă și pe **controlul ajutoarelor acordate de state sau prin intermediul resurselor de stat**.

Ce sunt aceste ajutoare, denumite generic **ajutoare de stat** și **de ce ar fi necesar un astfel de control**?

Răspunsul îl găsim în tentația statelor de a aloca resurse bugetare pentru a sprijini sau dezvolta anumite domenii de activitate sau întreprinderi¹ locale, în detrimentul altora, afectând astfel libera concurență pe piața Uniunii Europene. Chiar în preambulul Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE)² se arată că „eliminarea obstacolelor existente presupune o acțiune concertată în vederea garantării stabilității în expansiune, a echilibrului în schimburi și a loialității în concurență”, iar din textul art. 3 alin. (1) lit. b) din TFUE rezultă cu claritate că domeniul care **vizează stabilirea normelor privind concurența necesare funcționării pieței interne este de competență exclusivă a Uniunii**.

Astfel, regăsim regimul juridic al ajutoarelor de stat reglementat la nivel primar, chiar în textul tratatului, sediul materiei fiind reprezentat de art. 107-109 TFUE³.

Potrivit dispozițiilor art. 107, sunt **incompatibile cu piața internă** „ajutoarele acordate de state sau prin intermediul resurselor de stat, care denaturează sau amenință să denatureze concurența prin favorizarea anumitor întreprinderi sau a producerii anumitor bunuri, dacă acestea afectează schimburile comerciale dintre statele membre”, textul stabilind și categoriile de ajutoare compatibile, respectiv care pot fi considerate compatibile cu piața internă. Din conținutul articolului putem observa că există și **excepții de la principiul incompatibilității**, excepții potrivit cărora ajutoarele sunt sau pot fi compatibile cu piața internă, dar situațiile respective **impun exercitarea controlului Comisiei Europene pentru fiecare dintre acestea**. Procedura de control este prevăzută în art. 108 TFUE, iar potrivit art. 109 TFUE „Consiliul, la propunerea Comisiei și după consultarea Parlamentului European, poate adopta toate regulamentele utile pentru aplicarea art. 107 și 108, și poate stabili, în special, condițiile de aplicare a art. 108 alin. (3) și categoriile de ajutoare care sunt exceptate de la această procedură.”

Semnalăm faptul că, în ceea ce privește ajutorul de stat, la nivelul Uniunii Europene au fost realizate reforme succesive și au fost adoptate mai multe acte⁴ – regulamente, directive, orientări, comunicări, rezoluții și linii directoare care constituie legislația secundară în această materie, dar asupra cărora nu ne vom opri, nefiind relevante în analiza noastră și fiind tratate pe larg de doctrină⁵. Una dintre cele mai importante

¹ Pentru distincția între întreprindere și societate a se vedea Șandru D.M., *Dreptul societăților în România: manual elementar*, ed. a III-a revăzută, Ed. Universitară, București, 2017, p. 15-19.

² Versiunea consolidată a Tratatului privind Funcționarea Uniunii Europene (TFUE) a fost publicată în JOUE, C 326, 26 octombrie 2012.

³ Art. 107 (ex-art. 87 TCE), art. 108 (ex-art. 87 TCE) și art. 109 TFUE (ex-art. 87 TCE).

⁴ Pentru o distincție între actele normative și actele legislative ale Uniunii Europene a se vedea Banu C.M., *Introducere. Directiva – act de dreptul Uniunii Europene*, în volumul Șandru D.M., Banu C.M., Călin D.A., *Directiva – Act de dreptul Uniunii Europene și dreptul român*, Ed. Universitară, București, 2016, p. 27-28.

⁵ A se vedea, de exemplu: Craig P., de Burca G., *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină*, ed. a IV-a, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 1353-1385; Lazăr I., *Dreptul Uniunii Europene în domeniul concurenței*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 370-384; Schoenmaekers S., Devroe W. and Philipsen (ed.), *State Aid and Public Procurement in the European Union*, Intersentia, Cambridge, 2014, p. 1-44. De exemplu, despre ajutoarele de stat în Franța, dar și despre regulile de procedură a se vedea Raportul

reglementări în materia aplicării dispozițiilor art. 108 TFUE, referitoare la procedura de control, o constituie Regulamentul (UE) 2015/1589 al Consiliului, din 13 iulie 2015, de stabilire a normelor de aplicare a art. 108 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene⁶, care a înlocuit regulamentul anterior în materie⁷.

Este important să reiterăm totuși art. 108 TFUE, care precizează foarte clar că **atribuția de verificare permanentă a regimului ajutoarelor existente în statele membre revine Comisiei Europene, împreună cu statele membre**, iar în cazul în care, după parcurgerea etapelor procedurale, Comisia Europeană constată că ajutorul acordat de un stat sau prin intermediul resurselor de stat nu este compatibil cu piața internă sau că acest ajutor este utilizat în mod abuziv, aceasta **hotărăște desființarea sau modificarea ajutorului de către statul** în cauză într-un anumit termen pe care tot aceasta îl stabilește, iar **dacă statul sancționat nu se conformează deciziei** în termenul stabilit, **Comisia sau orice alt stat interesat poate sesiza direct Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Comisia trebuie să fie informată în timp util pentru a-și prezenta observațiile** cu privire la proiectele care urmăresc să instituie sau să modifice ajutoarele și dacă apreciază că un proiect nu este compatibil cu piața internă, aceasta inițiază fără întârziere procedura prevăzută de par. (2) al art. 108 TFUE, iar **înainte de pronunțarea unei decizii finale, statul membru în cauză nu poate pune în aplicare măsurile preconizate**⁸. Tot ce este preluat din TFUE trebuie trecut cu ghilimele!

Se poate pune, în aceste ipoteze, problema neîndeplinirii obligațiilor statului membru, care poate conduce la aplicarea dispozițiilor art. 258-260 TFUE, iar art. 148 din Constituția României republicată⁹ stabilește autoritățile care garantează aducerea la îndeplinire a obligațiilor asumate de România ca urmare a aderării la tratatele constitutive ale Uniunii Europene sau la actele de revizuire a acestora¹⁰. Acestea sunt Parlamentul, Președintele României, Guvernul și autoritatea judecătorească.

Pentru a se evita neîndeplinirea obligațiilor de către statele membre și pentru a se asigura respectarea procedurilor instituite prin TFUE, chiar textul acestuia prevede, așa cum am arătat anterior, o **partajare a unei părți din procedură între Comisie și statele membre**, care vizează atribuția de verificare permanentă a regimului ajutoarelor existente în statele membre. Această operațiune este realizată, în România, prin

de activitate al Direcției de Afaceri Juridice (din cadrul Ministerului francez al Economiei), *Vade-mecum des aides d'État* – Edition 2016, publicat la 23 ianuarie 2017, disponibil la adresa <http://www.economie.gouv.fr/daj/vade-mecum-aides-etat-edition-2016-format-pdf>, consultat ultima dată la 15 februarie 2017.

⁶ Regulamentul (UE) 2015/1589 al Consiliului, din 13 iulie 2015, de stabilire a normelor de aplicare a art. 108 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, publicat în JOUE, L 248, 25 septembrie 2015.

⁷ Regulamentul (UE) 659/1999 al Consiliului, din 22 martie 1999, de stabilire a normelor de aplicare a art. 108 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, publicat în JOUE L 83, 27 martie 1999.

⁸ Despre efectul direct al dreptului european a se vedea, pe larg, de Witte B., *Direct effect, primacy and the nature of the legal order*, în Craig P., de Burca G., *The evolution of EU LAW*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 323-362; Schütze R., *Dreptul constituțional al Uniunii Europene*, Ed. Universitară, București, 2012, p. 303-306. În același sens, a se vedea Banu C.M., *op. cit.*, p. 14 și nota de subsol 7.

⁹ Constituția României a fost republicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

¹⁰ Pentru o analiză pertinentă a problematicii autorităților și instituțiilor din România, potențial responsabile pentru constatarea neîndeplinirii obligațiilor a se vedea Șandru M.D., *Autoritățile potențial responsabile ale unui stat membru în situația constatării neîndeplinirii obligațiilor de către Curtea de Justiție*, în volumul Bălan E., Iftene C., Văcărelu M., *Administrația publică în situații de criză/Public administration's action in unforeseen circumstances*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2015, p. 49-56.

intermediul **Consiliului Concurenței**. De asemenea, în cuprinsul capitolului X din Regulamentul (UE) 2015/1589, citat anterior, art. 29, denumit „*Cooperarea cu instanțele naționale*” stabilește regulile de cooperare a Comisiei cu **instanțele naționale din statele membre**, pentru aplicarea art. 107 alin. (1) și a art. 108 din TFUE.

3. Câteva considerații cu privire la ajutorul de stat în România

Vechea reglementare națională în materia ajutorului de stat, Legea nr. 143/1999¹¹, a fost abrogată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 117/2006¹² întrucât, la data aderării României la Uniunea Europeană, dispozițiile acesteia ar fi contravenit Tratatului de instituire a Comunității Europene, iar cu aceeași dată legislația comunitară în domeniul ajutorului de stat a devenit direct aplicabilă în România.

Odată cu reforma legislației europene în materia ajutorului de stat a fost necesară și revizuirea legislației naționale astfel că, începând cu data de 1 ianuarie 2015, a intrat în vigoare o nouă reglementare privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 77/2014¹³, ale cărei prevederi fac obiectul succintei noastre analize. Justificarea urgenței adoptării actului normativ a fost motivată de Guvernul atunci în exercițiu prin necesitatea adaptării legislației naționale la cea a Uniunii Europene și crearea unui cadru legislativ care să garanteze **îndeplinirea condiționalităților ex-ante pentru accesarea fondurilor europene** în perioada de programare 2014-2020. Un alt motiv invocat în justificarea urgenței a constatat în faptul că, prin reforma europeană în domeniul ajutorului de stat se intenționa ca **majoritatea facilităților de natura ajutorului de stat să fie verificată, cu preponderență, la nivel național, Comisia Europeană urmând să realizeze doar un control ex-post al modului în care sunt respectate condițiile** impuse de normele Uniunii Europene în domeniu. În același timp se dorea **implementarea unui mecanism de control, la nivel național, prin care să se stabilească atribuțiile și obligațiile furnizorilor, beneficiarilor și ale Consiliului Concurenței în implementarea măsurilor de natura ajutorului de stat** pentru a se facilita absorbția fondurilor europene și a se evita recuperarea acestora.

În ceea ce privește soluția de reglementare aleasă, aceea a unei ordonanțe de urgență, nu ne vom opri cu analiza asupra acestui aspect întrucât doctrina¹⁴ și jurisprudența Curții

¹¹ Legea nr. 143/1999 privind ajutorul de stat, republicată în M. Of. nr. 1.080 din 19 noiembrie 2004, a fost în vigoare în perioada 1 ianuarie 2000 - 31 decembrie 2006.

¹² O.U.G. nr. 117/2006 privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat a fost publicată în M. Of. nr. 1.042 din 28 decembrie 2006 și a intrat în vigoare la data de 1 ianuarie 2007. A fost aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 137/2007. În prezent este abrogată.

¹³ O.U.G. nr. 77/2014 privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat, precum și pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996 a fost publicată în M. Of. nr. 893 din 9 decembrie 2014.

¹⁴ A se vedea Apostol Tofan D., Tănăsescu E.S., *Comentariul la articolul 115 – Delegarea legislativă*, în lucrarea Muraru I., Tănăsescu E.S., *Constituția României – Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 1096-1097 și 1103. În același sens, Apostol Tofan D., Tănăsescu E.S., *Ordonanța de urgență a Guvernului. Delegare legislativă. Situații excepționale. Lege de aprobare a ordonanței de urgență. Camera decizională. Competența Curții Constituționale. Obiectul controlului de constituționalitate. Control preventiv. Control extrinsec* (CCR, Dec. nr. 255/2005, M. Of. nr. 511 din 16 iunie 2005), în *Curierul Judiciar* nr. 10/2005, pp. 25-33. Cu privire la critica regimului ordonanțelor de urgență a se vedea: Vedinaș V., *Drept administrativ*, ed. a IX-a, revăzută și actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 388-392. Alexe I.,

Constituționale¹⁵ au dezbătut și argumentat limitele constituționale sau derapajele și practica ultimilor ani când, urmare de fapt a propriei incapacități administrative, Guvernul a recurs la soluția ordonanței de urgență¹⁶. Un studiu realizat după analiza preambulului și instrumentelor de motivare a ordonanțelor de urgență adoptate în cursul anului 2014, care vizau transpuneri de directive, subliniază în concluziile sale, principiul democrației potrivit căruia ar fi preferabilă transpunerea legislației europene prin lege, ca rezultat al unor dezbateri parlamentare pluraliste, precum și cerința coerenței, clarității și previzibilității actului de transpunere, fiind evident că legea are stabilitate mai mare decât ordonanța de urgență care, în cursul procedurii parlamentare poate fi modificată, completată sau chiar respinsă¹⁷.

Regăsim o astfel de situație de modificare și completare a textului inițial al Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 77/2014, și în procedura parlamentară de adoptare actului normativ invocat¹⁸.

Cele mai importante reglementări aduse prin ordonanța de urgență vizează **definirea ajutorului de stat, a surselor și a resurselor de stat, a beneficiarilor, realizarea unor analize ex-ante, de oportunitate pentru măsurile de sprijin acordate de stat, inclusiv inițiate de autoritățile administrației publice locale**, crearea unei baze de date pentru acordarea ajutoarelor de stat, care să asigure transparența și cu ajutorul căreia va fi evitat riscul cumulului de ajutoare de stat, **introducerea unei politici concurențiale mai coerente prin controlul respectării și al derulării proiectelor finanțate din fonduri europene**, iar în ceea ce privește măsurile finanțate la nivel central, o **aprobare prealabilă din partea Guvernului**. De asemenea, se clarifică și rolul instanțelor naționale care gestionează litigiile din domeniul ajutorului de stat și se creează premisele pentru **restabilirea bunei conduite administrative în acordarea ajutorului de stat** mai ales, în ceea ce privește ajutoarele inițiate de **autoritățile administrației publice locale**, pentru prevenirea, pentru viitor, a încălcărilor??? și evitarea aplicării sancțiunilor pentru

Situația extraordinară – temei sau pretext pentru puterea executivă de a reglementa în domenii rezervate legii?, în volumul Bălan E., Iftene C., Văcărelu M., *Administrația publică în situații de criză/Public administration's action in unforeseen circumstances*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2015, p. 128-135.

¹⁵ Prin Dec. CC nr. 255 din 11 mai 2005, privind sesizarea de neconstituționalitate a Legii pentru aprobarea O.U.G. nr. 100/2004 privind trecerea unor terenuri forestiere din proprietatea publică a statului și din administrarea Regiei Naționale a Pădurilor – Romsilva în proprietatea Arhiepiscopiei Sucevei și Rădăuților, publicată M. Of. nr. 511 din 16 iunie 2005, au fost reafirmate și circumstanțiate condițiile în care Guvernul poate emite o ordonanță de urgență.

¹⁶ Alexe I., *Înălții funcționari publici*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 246-251; în același sens: Alexe I., *Considerații referitoare la Decizia nr. 55/2014 a Curții Constituționale a României și la statutul juridic al unor înalți funcționari publici*, în *Curierul Judiciar* nr. 3/2014, p. 159-161; Alexe I., *Reforma reformei. Studiu de caz: Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 82 din 2013*, în volumul Bălan E., Iftene C., Văcărelu M., *Reforma statului: instituții, proceduri, resurse ale administrației publice*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2016, pp. 121-133.

¹⁷ Alexe I., Banu C.M., *Transpunerea directivei prin ordonanță de urgență. Exemple recente din dreptul român și aspecte comparate*, în volumul Șandru D.M., Banu C.M., Călin D.A., *Directiva – Act de dreptul Uniunii Europene și dreptul român*, Ed. Universitară, București, 2016, p. 132-174; Alexe I., Banu C.M., *Transposition and/or implementation of European Union law by means of Government Emergency Order. Requirements set in the case-law of the Constitutional Court of Romania*, în *Curentul juridic*, Year XVIII, no. 2 (61) 2015, 49-56.

¹⁸ O.U.G. nr. 77/2014 a fost aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 20/2015, publicată în M. Of. nr. 160 din 6 martie 2015.

România. După cum am arătat anterior, aceste clarificări erau necesare și ca urmare a modificării cadrului de cooperare între Comisie și instanțele statelor membre, prin noul regulament din anul 2015.

Chestiunea asupra căreia ne-am propus să ne oprim se referă la procedura internă privind ajutorul de stat, acordat beneficiarilor la inițiativa autorităților administrației publice locale. Astfel, se pune întrebarea **în ce măsură această procedură, parte a procedurii interne privind analiza de oportunitate¹⁹, prealabilă procedurii de notificare a Comisiei Europene de către Consiliul Concurenței, afectează sau nu exercitarea de către prefect a controlului de legalitate cu privire la actele autorităților administrației publice locale.**

4. Rolul prefectului în procedura internă de acordare a ajutorului de stat

Locul și rolul prefectului în cadrul sistemului autorităților administrației publice din România au fost îndelung dezbătute în doctrină²⁰, așa cum a fost dezbătută și principala atribuție a acestuia, aceea a exercitării tutelei administrative²¹ cu privire la actele autorităților administrației publice locale. Vom reține în acest context doar textul constituțional cuprins în art. 123 în conformitate cu care **prefectul poate ataca, în fața instanței de contencios administrativ, un act al consiliului județean, al celui local sau al primarului, în cazul în care consideră actul ilegal, acțiune ce atrage suspendarea, de drept a acestuia.. „Nu prefectul suspendă cum s-ar putea înțelege din formulare, ci suspendarea intervine în urma declanșării acțiunii acestuia”.**

Întrebarea s-a născut ca urmare a faptului că, mai întâi prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 77/2014 și apoi prin Legea de aprobare a acesteia, a fost reglementată **o procedură de informare a prefectului cu privire la acordarea ajutoarelor de stat de către autoritățile administrației publice locale.** Astfel, potrivit dispozițiilor art. 7 al O.U.G. nr. 77/2014, „în cazul proiectelor de măsuri susceptibile a reprezenta ajutor de stat inițiate de autoritățile publice locale, pentru asigurarea coerenței cu politicile

¹⁹ Despre controlul administrativ, a se vedea: Apostol Tofan D., *Instituții administrative europene*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 199-204; Vedinaș V., *Drept administrativ, op. cit.*, p. 147-156.

²⁰ Cu titlu de exemplu: Vedinaș V., *Drept administrativ, op. cit.*, p. 500-514; Bălan E., *Prefectul și prefectura în sistemul administrației publice*, Ed. Fundației „România de Măine”, București, 1997, p. 37; Gyorko Z., *Instituția prefecturii în perioada interbelică (1923-1938). Proiecții legislative*, în Revista Transilvană de Științe Administrative nr. 3(27)/2010, p. 79-96; Munteanu C.D., *Administrația publică teritorială*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 157-158; Alexe I., *Categoria înalților funcționari publici. Tendințe actuale*, în volumul Bălan E., Varia G., Iftene C., *Administrația publică între misiuni și constrângeri bugetare: dimensiuni juridice și manageriale*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2014, p. 136-144.

²¹ Apostol Tofan D., *Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice*, Ed. All Beck, București, 1999; Apostol Tofan D., *Unele considerații cu privire la controlul de legalitate exercitat de prefect. Evoluția legislației în domeniu*, în Caietul Științific al Institutului de Științe Administrative „Paul Negulescu” nr. 8/2006, p. 321-341; Petrescu R.N., *Reflecții asupra evoluției reglementărilor legale referitoare la controlul de legalitate exercitat de prefect*, în Curierul Judiciar nr. 7/2008, p. 89-90; Petrescu R.N., Petrescu O., *Actualitatea recursului administrativ în dreptul român. Unele considerații cu privire la o reglementare recentă în dreptul francez*, în Revista Transilvană de Științe Administrative, nr. 2/(31)/2012, p. 81-90; Petrescu R.N., *Drept administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 57; Alexe I., *Înalții funcționari publici, op. cit.*, p. 156-167 și 240; Dragoș D.C., *Discuții privind posibilitatea anulării unui act administrativ pe motiv de inoportunitate*, în Revista Transilvană de Științe Administrative nr. 1(10)/2004, p. 30-33; Randres D., *Code administratif – 2017*, 8^e éd. à jour au 15 décembre 2016, Ed. Larcier, Bruxelles, 2017, pp. 1251-1257.

economico-bugetare și financiare ale statului român, instituirea măsurilor de ajutor de stat sau *de minimis* se va face în urma unor analize de oportunitate, care trebuie să fie însoțite de **dovada informării instituției prefectului** și a consiliului județean **cu privire la intenția de a institui respectiva măsură de sprijin.**” Informarea trebuie să cuprindă potrivit art. 3 alin. (4) al O.U.G. nr. 77/2014 „**analiza de oportunitate realizată potrivit legii**”, care impune inițiatorului respectiv furnizorului, după caz, **elaborarea unor acte normative sau administrative**, prin care se instituie scheme de ajutor de stat sau ajutoare de stat individuale ori *de minimis*, care trebuie să prevadă cel puțin obiectivul, modalitatea acordării ajutorului de stat, beneficiarii, perioada de aplicare, cuantumul fondurilor alocate în acest scop din bugetul furnizorului, precum și prevederea europeană aplicabilă în temeiul căreia a fost instituită măsura de ajutor de stat. **Orice documentație, inclusiv în faza consultărilor prealabile, va fi analizată de Consiliul Concurenței numai dacă este însoțită de informările menționate anterior**, iar **cererea de avizare** a măsurilor susceptibile să reprezinte ajutor de stat sau *de minimis*, întocmită de furnizor/inițiator, după caz, se **transmite în fază de proiect Consiliului Concurenței**, care emite **un aviz privind conformitatea**, corectitudinea și îndeplinirea obligațiilor prevăzute de legislația europeană în domeniul ajutorului de stat.

Observăm deci că, în faza aceasta, de solicitare a avizării de către Consiliul Concurenței, a cererii autorităților administrației publice locale, de instituire a unui ajutor de stat, **singura condiție prealabilă este ca prefectul, și consiliul județean să fie informați.** Legea **nu condiționează depunerea cererii de avizare la Consiliul Concurenței de o avizare prealabilă sau de o aprobare din partea instituției prefectului** sau a consiliului județean și nici nu face distincție dacă/de ce în situația în care consiliul județean, autoritate a administrației publice locale, inițiază o astfel de cerere, trebuie să se informeze pe sine însuși.

De asemenea, nu este clar de ce este necesară, în acest moment, **informarea instituției prefectului, aceasta neavând nicio modalitate de intervenție în procedura care se derulează.** Desigur că, în calitate de reprezentant al Guvernului pe plan local, pentru realizarea atribuțiilor sale, prefectul poate cere date sau informații de la autorități sau instituții publice.

Textul inițial al Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 77/2014 prevedea, la art. 18, în prezent abrogat²², următoarele: „(1) *Cu prilejul analizării legalității actelor administrative prin care se instituie măsuri de sprijin de către autoritățile locale, prefectul are obligația de a verifica existența avizului emis de Consiliul Concurenței, precum și îndeplinirea prevederilor legale naționale și ale Uniunii Europene în domeniul ajutorului de stat. (2) Prefectul poate solicita clarificări de la Consiliul Concurenței cu privire la incidența normelor naționale și ale Uniunii Europene în domeniul ajutorului de stat.*”

Chiar intenția inițială a legiuitorului delegat observăm că a fost **aceea de a nu reglementa o intervenție a prefectului decât în faza analizării actelor administrative** prin care se instituie măsuri de sprijin de către autoritățile administrației publice locale, nu în faza prealabilă, termenul utilizat fiind foarte clar, cel de **informare**. Credem că a existat totuși cel puțin o rațiune pentru care informarea trebuia să fie făcută în această procedură prealabilă, și anume aceea ca prefectul să ia cunoștință cu privire la cererea de

²² Textul art. 18 din O.U.G. nr. 77/2014 a fost abrogat de art. I pct. 11 al Legii nr. 20/2015.

avizare adresată Consiliului Concurenței și să nu exercite controlul de legalitate asupra unui act administrativ în absența avizului Consiliului Concurenței, dacă inițiatorul actului nu informează despre cererea trimisă anterior Consiliului Concurenței.

Se poate aprecia astfel că **reglementarea în sine nu este o atribuție nouă pe care o primește prefectul**, fiind cunoscut că, în procedura de analizare a legalității actului autorității administrației publice locale, prefectul trebuie să verifice atât condițiile de formă, cât și pe cele de fond ale actului analizat, **inclusiv existența sau nu a avizelor prevăzute de lege** iar, așa cum am arătat anterior, **necesitatea obținerii avizului Consiliului Concurenței pentru instituirea unei măsuri de natura ajutorului de stat fusese reglementată și anterior**.

Se poate pune în discuție și posibilitatea unor alte considerente ce ar fi putut consta în necesitatea ca, **în cadrul controlului de legalitate, prefectul să verifice și oportunitatea măsurii, ca o componentă a controlului administrativ**, pe baza informării primite de la autoritatea administrației publice locale. Desigur că aici **se ridică problema limitelor controlului administrativ** cu privire la activitatea autorităților administrației publice locale, consacrată în Carta europeană a autonomiei locale²³ fiind cunoscut că **între prefect și autoritățile administrației publice locale nu există raporturi de subordonare**. Trebuie discutată totuși **problema respectării principiilor constituționale, inclusiv a principiului proporționalității, precum și importanța respectării acestora**, a dispozițiilor legale și **obligațiilor** pe care statul român și le-a asumat odată cu aderarea la Uniunea Europeană. Apreciem că într-o astfel de abordare trebuie avute în vedere, așa cum am arătat la începutul analizei și **sancțiunile care ar fi aplicabile statului român pentru neîndeplinirea obligațiilor** ce decurg din tratatele constitutive ale Uniunii Europene, chiar dacă aceste sancțiuni ar urma să fie aplicate pentru nerespectarea obligațiilor de către o autoritate a administrației publice locale.

De altfel, textul Legii nr. 20/2015 de aprobare a O.U.G. nr. 77/2014 a nuanțat aceste aspecte, prin art. 15¹, nou introdus de Parlament în cuprinsul Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 77/2014²⁴. Astfel, **se clarifică atribuțiile prefectului în ceea ce privește**

²³ Carta europeană a autonomiei locale nu este un instrument al Uniunii Europene, ci al Consiliului Europei și a fost ratificată de România prin Legea nr. 199/1997, pentru ratificarea Cartei europene a autonomiei locale, adoptată la Strasbourg pe 15 octombrie 1985, publicată în M. Of. nr. 331 din 26 noiembrie 1997.

Art. 8 din Carta europeană a autonomiei locale, denumit *Controlul administrativ al activității autorităților administrației publice locale*, prevede că: „1. Orice control administrativ asupra activității autorităților administrației publice locale nu poate fi exercitat decât în formele și în cazurile prevăzute de Constituție sau de lege. 2. Orice control administrativ asupra activității autorităților administrației publice locale nu trebuie să privească, în mod normal, decât asigurarea respectării legalității și a principiilor constituționale. Controlul administrativ poate totuși să includă un control de oportunitate, exercitat de către autoritățile ierarhic superioare, în ceea ce privește sarcinile a căror executare este delegată administrației publice locale. 3. Controlul administrativ asupra activității autorităților administrației publice locale trebuie exercitat cu respectarea unei proporționalități între amploarea intervenției autorității de control și importanța intereselor pe care aceasta înțelege să le protejeze”.

²⁴ Art. 15¹ prevede următoarele: „(1) Cu prilejul analizării legalității actelor administrative prin care se instituie măsuri de sprijin de către autoritățile locale, prefectul are obligația de a verifica existența avizului emis de Consiliul Concurenței. (2) În cazul măsurilor de ajutor de minimis, cu prilejul analizării existenței avizului Consiliului Concurenței, prefectul va verifica și îndeplinirea prevederilor legale în materia ajutorului de stat. (3) În situația adoptării de către autoritățile publice locale, fără avizul Consiliului Concurenței, a unor măsuri prin care se acordă un avantaj economic unei întreprinderi, prefectul va solicita

analiza legalității actelor administrative prin care se instituie măsuri de sprijin de către autoritățile administrației publice locale și se impun proceduri de verificare a existenței avizului Consiliului Concurenței, iar în cazul măsurilor de ajutor de minimis prefectul este obligat să verifice și îndeplinirea procedurilor legale în materia ajutorului de stat. De asemenea, în ipoteza adoptării, **fără avizul Consiliului Concurenței**, de către autoritățile publice locale, a unor măsuri prin care se acordă un avantaj economic unei întreprinderi, **prefectul este obligat să solicite punctul de vedere al Consiliului Concurenței** cu privire la incidența normelor naționale și ale Uniunii Europene în domeniul ajutorului de stat.

Din analiza motivării modificărilor propuse în Parlament²⁵ rezultă că *„modificarea a fost necesară pentru claritatea textului, evitarea dublărilor privind informarea Guvernului și pentru reducerea birocrăției pentru autoritățile locale. Informarea Guvernului va fi realizată prin intermediul Prefecților. Totodată, prin anexarea analizei de oportunitate la informarea către Instituția Prefectului și a Consiliului Județean, se instituie un mecanism prin care se asigură o mai bună cunoaștere a necesităților la nivel local și a soluțiilor care se pot implementa pentru a fi remediate eventualele eșecuri ale pieței.”*

Desigur că **toate celelalte prevederi legale, referitoare la procedura prin care prefectul poate cere autorității emitente, modificarea în tot sau în parte ori anularea actului, înainte de a se adresa instanței de contencios administrativ sunt și rămân aplicabile.**

Se poate pune întrebarea și **cât de pregătit este personalul de specialitate din cadrul instituției prefectului în domeniul dreptului european, respectiv în domeniul foarte tehnic al ajutorului de stat, pentru a putea exercita un astfel de control.** Tocmai pentru că o astfel de întrebare este pertinentă, în cursul anului trecut a fost lansat un proiect²⁶ cu o durată de 15 luni, al cărui beneficiar este Agenția Națională a Funcționarilor Publici și care are ca **obiectiv general** dezvoltarea capacității administrației publice de a realiza implementarea și absorbția eficace și eficientă a fondurilor structurale și de investiții (FESI), **sprijinind totodată procesul de aplicare a legislației Uniunii Europene în domeniul ajutoarelor de stat.** Activitatea de formare pentru cele 378 de persoane care constituie grupul țintă este destinată **instruirii în domeniul ajutorului de stat**, iar din cadrul celor 42 de instituții ale prefectului participă câte **doi reprezentanți**. O altă categorie vizată de proiect este cea a personalului din cadrul autorităților administrației publice locale, care face parte și ea din același grup țintă.

punctul de vedere al Consiliului Concurenței cu privire la incidența normelor naționale și ale Uniunii Europene în domeniul ajutorului de stat.”

²⁵ Motivarea se regăsește în Raportul nr. 4c-1/138 (nr. PL-x50/2015) din 17 februarie 2015 întocmit de Comisia pentru politică economică, reformă și privatizare a Camerei Deputaților asupra proiectului de Lege pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 77/2014 privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat, precum și pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996, disponibil la adresa <http://www.cdep.ro/comisii/economica/pdf/2015/rp050.pdf>, consultat ultima dată la 15 februarie 2017.

²⁶ „Instruire în ceea ce privește aplicarea legislației în domeniul ajutorului de stat pentru beneficiarii FESI la nivel local”, cod proiect 1.1.005, proiect cofinanțat din Fondul european de dezvoltare regională prin Programul operațional „Accesibilitate și transporturi” (POAT) 2014-2020.

De altfel, în practică există exemple²⁷ privind aplicarea corectă de către prefect, cu sprijinul instanței de contencios administrativ, a dispozițiilor fostului art. 18 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 77/2014, abrogat și înlocuit, așa cum am arătat anterior, de actualul art. 15¹.

5. Concluzii

La finalul analizei efectuate putem concluziona că, în materia ajutorului de stat, odată cu evoluția instituțiilor și a dreptului european au evoluat, în strânsă legătură și interdependență, mai ales în ultimii 10 ani scurși de la aderarea României la Uniunea Europeană, și instituțiile și dreptul din România. Nu în mod întâmplător am amintit și despre **programul de instruire** în ceea ce privește aplicarea legislației în domeniul ajutorului de stat pentru beneficiarii FESI la nivel local, deoarece este și acesta un bun exemplu de cooperare între cele trei categorii de autorități și instituții publice (Consiliul Concurenței, prefect și autorități ale administrației publice locale) și avem convingerea că **existența unor specialiști în domeniu**, în cadrul tuturor categoriilor de autorități și instituții publice implicate în domeniul ajutorului de stat poate conduce la **diminuarea acțiunilor prin care statul român ar putea să încalce dreptul Uniunii Europene**.

Deși prefectul, reprezentantul Guvernului pe plan local, a fost inclus în mod expres în noua reglementare din România, ca făcând parte din procedura internă privind ajutorul de stat, acordat beneficiarilor de autoritățile administrației publice locale, apreciem că **reglementarea în sine nu este o atribuție nouă pe care o primește prefectul**, fiind cunoscut că, în procedura de analizare a legalității actului autorității administrației publice locale, prefectul trebuie să verifice **inclusiv existența avizelor prevăzute de lege** iar, așa cum am arătat anterior, **necesitatea obținerii avizului Consiliului Concurenței pentru instituirea unei măsuri de natura ajutorului de stat era reglementată și anterior**.

Considerăm astfel că textul de lege care instituie **obligatia de informare a prefectului**, (ce vizează și **analiza de oportunitate cu privire la măsurile propuse**, prin care se acordă ajutorul de stat), **de către autoritățile administrației publice locale** încă de la momentul solicitării avizului Consiliului Concurenței **nu afectează exercitarea de către prefect a controlului de legalitate cu privire la actele autorităților administrației publice locale**, ci doar are rolul de a **clarifica atribuțiile celor trei categorii de autorități și de a stabili o cooperare transparentă și loială între acestea**, pentru a se asigura că **obiectivul final**, acela că **obligatiile pe care România și le-a asumat și și le asumă în continuare, în această materie, în calitate de stat membru al Uniunii Europene, sunt respectate**.

²⁷ A se vedea sent. nr. 889 din 16 iunie 2016 (Trib. Suceava, anulare act emis de autorități publice locale (Contencios administrativ și fiscal), nepublicată, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro>, consultată ultima dată la 15 februarie 2017. În cazul citat, deși prima instanță a respins acțiunea prefectului prin care se solicita anularea unui act administrativ al unui consiliu local, instanța de recurs a casat sentința recurată și a trimis cauza pentru rejudecare aceleiași instanțe. Ulterior, instanța a admis acțiunea introdusă de prefect și a anulat hotărârea consiliului, prin care în mod nelegal, fără avizul Consiliului Concurenței, fuseseră instituite măsuri de natura ajutorului de stat.

EVOLUȚIA LEGISLAȚIEI ÎN DOMENIUL PARTICIPĂRII PUBLICHE, TRANSPARENȚEI DECIZIONALE ȘI ACCESULUI LIBER LA INFORMAȚIILE DE INTERES PUBLIC, DUPĂ ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ

*Viorel MIULESCU**

Abstract:

The access to the information of public interest and decisional transparency represent two of the most important elements of a functional democracy. Romania has adopted The Law number 544/2001 on free acces to the information of public interest, The Law 52/2003 on decisional transparency in public administration, but also other normative documents which assure the conformity with the european standards in the branch.

Keywords: *public interest, law, information, transparency, decision*

Participarea publică nu este un concept nou și nici nu are o singură modalitate de definire. Acest termen își are rădăcinile în societățile democratice din Antichitate și a fost revigorat, pe parcursul ultimelor decenii, de dinamica accelerată a democrațiilor consolidate și emergente. Astăzi, într-o lume dominată, pe de o parte, de informația în timp real și, pe de altă parte, de multiplicarea și orizontalizarea actorilor publici, participarea publică îmbină valențe multiple, ca expresie a diversității și complexității sociale, politice, culturale și economice în care trăim. Din ce în ce mai multe organizații, fie ele administrative, politice, guvernamentale, economice sau de altă natură, consideră că întregul proces de adoptare a unei decizii trebuie să fie parcurs alături de publicurile care ar putea să contribuie la modelarea deciziei și/sau la implementarea acesteia, astfel încât, odată adoptată, să producă efectul scontat. În același timp, participarea publică nu este o secvență, dar nici o succesiune de proceduri pe care decidentul trebuie să le bifeze înainte de a adopta măsura preconizată. Este vorba de o serie de valori și principii care, integrate în cultura organizațională, ar putea să contribuie la atingerea obiectivelor organizațiilor, în condițiile respectării interesului public¹.

Aceste caracteristici ne permit enunțarea următoarei definiții: *Participarea publică este un proces prin care diferite categorii de actori, fie ei din sfera guvernării, a societății civile, din mediul economic etc., încearcă să interacționeze, prin intermediul canalelor de comunicare publică, cu diferite categorii de public, pentru a identifica nevoile, opiniile sau credințele acestora, cu scopul declarat de a le asocia (abordarea top-down) sau de a se asocia (abordarea bottom-up) procesului de adoptare a unor*

* Lect. univ. dr. – Facultatea de Științe Juridice, Publice și Administrative, Universitatea „Spiru Haret”, București, email: viorelmiulescu@yahoo.com.

¹ Pricopie R., *Participarea publică – Comunicare pentru dezvoltare durabilă*, Ed. comunicare.ro, București, 2010, pp. 23-24.

*decizii/politici publice, în vederea creșterii gradului de transparență și sustenabilitate a deciziilor/politicilor publice respective*².

Dinamica instituțională, modificările de misiuni și procesele de adaptare la noile conjuncturi sociale impun și determină schimbări de substanță în funcționarea organizațiilor, modificări ce se reflectă în tipurile de activități pe care le asumă și le practică acestea. Una dintre aceste tendințe este reperabilă în nevoia de comunicare pe care o reclamă organizațiile și instituțiile. Organizațiile devin tot mai adesea actori pe scena socială, implicându-se în procesele de comunicare. În contextul creșterii complexității misiunilor organizațiilor și a consecințelor pe care acestea le produc, comunicarea devine o necesitate³.

Accesul la informațiile de interes public și transparența decizională reprezintă două dintre cele mai importante elemente ale unei democrații funcționale. România a adoptat două acte normative relevante în acest sens Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public și Legea nr. 52/2003 privind transparența decizională în administrația publică, legi care își propun, printre altele, să asigure conformitatea cu standardele europene în domeniu.

În acest domeniu se au în vedere următoarele obiective specifice principale⁴:

- îmbunătățirea procedurilor și mecanismelor de difuzare a informațiilor publice și de asigurare a transparenței decizionale;

- creșterea gradului de informare a funcționarilor publici din administrația locală cu privire la importanța asigurării unui acces adecvat al cetățenilor la informațiile publice;

- creșterea gradului de informare a funcționarilor publici din administrația locală cu privire la necesitatea de a facilita implicarea cetățenilor, a organizațiilor neguvernamentale și a mediului de afaceri în procesul decizional local;

- promovarea necesității de a crea condițiile pentru un tratament egal pentru cetățeni cu privire la furnizarea informațiilor de interes public și la implicarea lor în procesul decizional;

- îmbunătățirea procesului de comunicare și colaborare dintre autoritățile locale și centrale cu privire la implementarea legislației referitoare la transparența decizională și accesul la informațiile de interes public.

„Participarea cetățenească este procesul prin care preocupările, nevoile și valorile cetățenilor sunt încorporate procesului de luare a deciziilor în cadrul administrației publice locale”⁵.

Valori de bază pentru practicarea participării publice⁶:

- publicul ar trebui să aibă un cuvânt de spus în deciziile ce privesc acele acțiuni care le afectează viața;

- participarea publică include promisiunea că aceasta va influența decizia;

² *Ibidem*, p. 28.

³ Miulescu V., *Comunicare în administrația publică*, Ed. Fundației „România de Măine”, București, 2014, pp. 13-23.

⁴ Popescu L.G., *Comunicarea în administrația publică*, ed. a II-a, Ed. Economică, București, 2007, pp. 283-294.

⁵ E. Chewtynd, F. Chewtynd, *Participarea cetățenească pentru îmbunătățirea procesului decizional în administrația publică locală*, Research Triangle Institute – Programul de Asistență pentru Administrația Publică din România, București, 2001.

⁶ <http://www.transparency.org.ro>

- procesul participării publice comunică interesele și vine în întâmpinarea nevoilor tuturor participanților;
- procesul participării publice solicită și facilitează implicarea acestor persoane, potențial afectate;
- procesul participării publice invită participanții să-și definească modul propriu de implicare;
- procesul participării publice arată participanților felul în care contribuția lor a afectat decizia.

Prin asumarea unor măsuri, extensive, destinate deschiderii către scrutinul public și stimularea input-urilor publice, cetățenilor li se oferă oportunitatea de a participa la actul de guvernare într-o formă care nu implică nici participarea la vot și nici asocierea la un grup de interese. Cu alte cuvinte, accesul cetățenilor la guvernare este în creștere⁷.

Dintre avantajele participării cetățenești pentru administrația publică enumerăm:

- restabilirea și construcția încrederii între administrația publică și cetățeni;
- susținerea administrației în identificarea mai rapidă a nevoilor comunității și cu o satisfacție mai mare pentru cetățeni;
- oferirea gratuită de informații în legătură cu deciziile ce trebuie luate de către administrație;
- conducerea comunității către consens, și nu către conflict;
- abordarea împreună, administrație și cetățeni, a problemelor și oportunităților într-un mod mult mai creativ.

Metodele de participare cetățenească variază în funcție de nivelul implicării publicului în activitatea administrației.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 544/2001, „informația de interes public reprezintă orice informație care privește activitățile sau rezultă din activitățile unei autorități publice sau instituții publice, indiferent de suportul ori de forma sau de modul de exprimare a informației” (art. 2, lit. b).

Dreptul oricărei persoane la informație are trei dimensiuni:

- dreptul de a fi informat, din oficiu, de către instituțiile/autoritățile publice cu privire la aspecte importante ale funcționării acestora;
- dreptul de a cere informații;
- dreptul de a fi informat de către mass-media cu privire la diverse aspecte importante din sfera publică.

Toate aceste aspecte sunt stipulate de Constituția României, iar existența, cunoașterea, respectarea și conștientizarea lor constituie elemente de bază pentru asigurarea transparenței procesului de guvernare.

Organizația neguvernamentală, *Article 19*, în lucrarea *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation*, definește următoarele principii care ar trebui să stea la baza reglementării accesului la informație⁸:

- accesul maxim la informație;
- obligația publicării informației;
- promovarea transparenței administrative;

⁷ L.G. Popescu, *Administrație și Politici Publice*, Ed. Economică, București, p. 264.

⁸ Transparency International, România și Asociația Pro Democrația, *Raport cu privire la Liberul acces la informații de interes public*, în *România – analiză comparativă 2003-2007*.

- definirea limitativă a excepțiilor;
- introducerea unor proceduri de facilitare a accesului la informație;
- nivelul rezonabil al costurilor accesului la informație;
- caracterul public al ședințelor instituțiilor publice;
- prioritatea accesului la informație;
- protecția avertizorilor de integritate.

Prin Legea nr. 371/2006 sfera de aplicare a Legii nr. 544/2001 a fost extinsă prin includerea nu doar a instituțiilor și autorităților publice și regiilor autonome, ci și companiilor naționale și societăților comerciale aflate sub autoritatea unei autorități publice centrale ori locale și la care statul român sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic ori majoritar.

Alături de aceste modificări, Legea nr. 380/2006, vine să explicitizeze sfera de aplicare a dispozițiilor privind accesul la informații, statuând, în mod expres, că orice autoritate contractantă are obligația de a pune la dispoziția persoanei interesate contractele de achiziții publice.

Prin adoptarea Legii nr. 188/2007 se modifică art. 5 al Legii nr. 544/2001 și, în conformitate cu noile precizări legislative, autoritățile și instituțiile publice au obligația să pună la dispoziția persoanelor interesate contractele de privatizare încheiate după intrarea în vigoare a noii legi, prin consultarea la sediul acestora⁹.

Potrivit Legii transparenței, cetățenii și organizațiile constituite de aceștia își vor putea exprima opiniile și interesele în legătură cu elaborarea de acte normative și în legătură cu luarea unor decizii administrative. Instrumentele pe care le au la îndemână sunt consultarea lor de către autoritățile publice în legătură cu proiectele de acte normative și participarea la ședințele publice ale respectivelor autorități.

Autoritățile publice a căror activitate cade sub incidența Legii transparenței adoptă sau redactează, în mod constant, acte normative și iau decizii care influențează viața sau activitatea oamenilor. Legea transparenței permite cetățenilor să comenteze proiectele de acte normative și să își spună cuvântul referitor la deciziile care sunt adoptate de autoritățile publice în cadrul unor ședințe publice.

Aplicarea reală a principiului transparenței poate duce la o mai mare încredere în legi și reglementări, din moment ce ele au fost adoptate cu consultarea celor interesați. Încrederea în cadrul legal va avea, ca rezulta, un mai mare grad de respectare a legii. Lipsa transparenței decizionale, alături de alte carențe ale activității de reglementare, conduce la încrederea scăzută a societății în forța și importanța actelor normative. Absența consultărilor face ca normele să fie frecvent modificate sau înlocuite, lucru ce determină o accentuată instabilitate legislativă și nu oferă siguranța necesară cadrului legal existent în România.

Pentru a influența decizii sau acte normative, persoanele pot participa, fie individual, în calitatea lor de cetățeni, fie organizați în ceea ce legea numește asociații legal

⁹ Raportul privind Liberul acces la informațiile de interes public în România – analiză comparativă 2003-2007 elaborat de Asociația Pro Democrația și Transparency International România. Sub aspectul interpretării noilor dispoziții, art. 5 în ansamblul său face referire la informațiile publice din oficiu, alin. (5) constituie o excepție de la acestea, contractele de privatizare fiind **informații publice oferite la cerere**, câtă vreme legea stabilește că acestea vor fi puse la dispoziția persoanelor interesate.

constituite. Legea nu limitează în niciun fel accesul la mecanismele prevăzute de aceasta, oricine având dreptul de a participa, indiferent de ce interes reprezintă.

Cetățenii pot participa la procesele reglementate de Legea transparenței fără deosebire de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, opinie, apartenență politică, avere sau origine socială.

Organizațiile pot participa și ele, prin reprezentanții lor. Legea transparenței dă dreptul de participare numai organizațiilor „de reprezentare civică”, adică a organizațiilor neguvernamentale, sindicatelor și altor organizații non-profit recunoscute legal. Organizațiile neguvernamentale sunt asociațiile și fundațiile reglementate de Ordonanța nr. 26/2000, așa cum a fost modificată de Ordonanța nr. 37/2003¹⁰.

Nu pot folosi direct mecanismele acestei legi societățile comerciale, organizațiile cooperatiste, asociațiile agricole, partidele politice. Ele pot să intervină fie prin intermediul unor persoane (cum ar fi proprietari, membri, persoane cu funcții de conducere), fie prin intermediul unor organizații neguvernamentale create pentru a le reprezenta interesele. Un punct de vedere poate fi susținut de o persoană, de o asociație fără personalitate juridică, de o persoană juridică non-profit sau de o coaliție.

¹⁰ Avram M., Nicolae M., Dumitru H., Dumitrache B., *Ghid legislativ pentru organizațiile neguvernamentale din România*, APADOR-CH, București, 2002. Citat în *Transparența decizională în Administrația Publică*, Transparency International, România și Institutul Român de Trening (2005).

EXAMEN DE PRACTICĂ JUDICIARĂ ÎN DREPTUL URBANISMULUI

*Dumitru DOBREV**

**Decizia nr. 4937 din 24 octombrie 2016, dosar nr. 3403/3/2013*,
Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal¹**

Abstract:

This commented case represents an evolution in the judiciary practice of the Bucharest Appeal Court on the uphold of the plea of illegality on a building permit for complying with the law by means of which the plaintiff (-public authority tended to paralyze the request of the claimant who asked that the plaintiff) should be ordered to issue an administrative act for partial demolition of a building in order to meet with the limits of the initially authorized volumetrics.

Keywords: *administrative act, urban plan, plea of illegality, urban easement, building permit, height regime, review of legality*

Curtea a constatat că, prin Decizia nr. 2818 din 18 mai 2015 pronunțată de Curtea de Apel București, secția a VIII-a, în dosarul nr. 3403/3/2013* a fost admis recursul Asociației Salvați Cartierele Dămăroaia și Bucureștii Noi, a fost casată în parte sentința nr. 6962 din 28 octombrie 2014 pronunțată de Tribunalul București – Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, în sensul că s-a admis cererea de sesizare a Tribunalului București cu soluționarea excepției de nelegalitate a Autorizației de Construire nr. 172 din 4 aprilie 2013 (AC 172) emisă de Primarul General al Municipiului București (PG), reținându-se cererea principală pentru rejudecare în fond, cu suspendarea judecării până la soluționarea irevocabilă a excepției de nelegalitate. În motivare s-a reținut irevocabil că obiectul cererii de chemare în judecată îl constituia obligarea PG la emiterea și punerea în aplicare a deciziei de desființare a lucrărilor de construire efectuate la imobilul situat în București, str. J nr. 56, sectorul 1, ce exced limitelor autorizației de construire nr. 669 din 24 septembrie 2012 (AC 669), că excepția de nelegalitate a AC 172 ce urmărea transformarea podului în mansardă era admisibilă și trebuia judecată pe fond, vizând lucrări autorizate inițial prin AC 669, și că dispozițiile art. 28 din Legea nr. 50/1991, în forma în vigoare la data formulării cererii a cărei nesoluționare legală se invocă nu presupun emiterea, în prealabil, a unui proces-verbal de contravenție și nici nu se opun emiterii unei dispoziții de desființare a construcției edificate nelegal, în cazurile la care se referă art. 3 lit. b) din Legea nr. 50/1991, întrucât o atare interpretare ar lăsa fără protecție efectivă tocmai acele imobile la care se referă textul de lege menționat („lucrări de construire, reconstruire, extindere, reparare,

* Dr., Cercetător științific, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: dumitru@ddrept.net

¹ Decizia a fost publicată pe site-ul internet <https://www.juridice.ro/488017/mansardare-cu-depasirea-limitelor-de-inaltime-urbanistice-constatata-prin-exceptie-de-nelegalitate-consideratiuni-asupra-trasaturilor-si-efectelor-juridice-ale-exceptiei-de-nelegalitate.html>.

consolidare, protejare, restaurare, conservare, precum și orice alte lucrări, indiferent de valoarea lor, care urmează să fie efectuate la construcții reprezentând monumente istorice, inclusiv la anexele acestora, identificate în același imobil – teren și/sau construcții, la construcții amplasate în zone de protecție a monumentelor și în zone construite protejate, stabilite potrivit legii, ori la construcții cu valoare arhitecturală sau istorică deosebită, stabilite prin documentații de urbanism aprobate¹), ceea ce ar fi illogic, întrucât ar contraveni scopului ansamblului reglementării, de a asigura o protecție chiar mai energică în cazul imobilelor monument istoric ori situate în zone protejate.

În soluționarea excepției de nelegalitate, prin Decizia nr. 2030 din 6 aprilie 2016 pronunțată de Curtea de Apel București, secția a VIII-a în dosarul nr. 32489/3/2015 a fost admis recursul ASCDBN împotriva sentinței civile nr. 6802 din 15 octombrie 2015 pronunțată de Tribunalul București – Secția a II-a CAF, s-a modificat sentința recurată, în sensul că s-a admis excepția de nelegalitate, s-a constatat nelegalitatea AC 172, întrucât prin mansardare s-a depășit regimul maxim de înălțime din zonă. S-a apreciat că AC 172 a autorizat nelegal transformarea podului în mansardă la imobilul de locuit S+P+2E, deoarece prevederile Regulamentului Local de Urbanism al Municipiului București, în Titlul II-L, referitor la zona de locuit, arătau că, în ceea ce privește înălțimea maximă a clădirilor în zona L2a+L2b (în care se situează construcția în litigiu), înălțimea maximă a clădirii măsurată de la nivelul terenului la cornișă va respecta înălțimea maximă prevăzută prin proiectul inițial al lotizării; se admite mansardarea clădirilor existente având o șarpantă cu panta de 45%, cu o suprafață de maxim 60% din aria construită la sol a clădirii. Astfel, prin autorizarea transformării podului în mansardă, câtă vreme podul construit nu respecta autorizația inițială prin depășirea regimului de înălțime (fiind, în fapt, o mansardă construită fără autorizație) au fost încălcate prev. art. 10 din HCGMB nr. 269/2000. Cât timp prin procesul-verbal de control nr. 3413 din 26 octombrie 2012 întocmit de Inspectoratul de Stat în Construcții-Direcția Regională în Construcții București-Ilfov se dispusese la punctul II.2 desființarea lucrărilor executate cu nerespectarea prevederilor autorizației inițiale de construire nr. 669/1096222 din 24 septembrie 2012 (respectiv mansarda edificată fără autorizație), autorizația ulterioară de permitere a transformării podului în mansardă nu corespunde prevederilor art. 56¹ din Legea nr. 350/2001, care interzic inițierea și aprobarea de documentații de urbanism care au ca scop intrarea în legalitate a unor construcții edificate fără autorizație de construire sau care nu respectă prevederile autorizației de construire.

Din controlul de legalitate realizat pe cale principală (Decizia nr. 2818 din 18 mai 2015, irevocabilă) a rezultat că AC 669 viza realizarea unei construcții imobil de locuit S+P+2E într-o zonă de protecție a monumentelor istorice (amplasament în Parcelarea protejată Bazilescu, înscrisă în Lista monumentelor istorice), pe ipoteza juridică a art. 28 alin. (2) din Legea nr. 50/1991 referitor la lucrări ce se execută la clădirile prevăzute la art. 3 lit. b) din Legea nr. 50/1991 în vigoare la data emiterii autorizației. Din controlul de legalitate realizat pe calea incidentală a excepției de nelegalitate a AC 172 (Decizia nr. 2030 din 6 aprilie 2016, irevocabilă, pronunțată de Curtea de Apel București, secția a VIII-a în dosarul nr. 32489/3/2015) a rezultat că prin mansardare s-a depășit regimul maxim de înălțime din zonă și s-a apreciat că AC 172 a autorizat nelegal transformarea podului în mansardă la imobilul de locuit S+P+2E. Potrivit art. 4 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, legalitatea unui act administrativ cu caracter individual, indiferent de data

emiterii acestuia, poate fi cercetată oricând în cadrul unui proces, pe cale de excepție, din oficiu sau la cererea părții interesate.

Prin urmare, un act administrativ cu caracter individual poate face oricând, în cadrul unui proces, obiectul excepției de nelegalitate, indiferent de data la care a fost emis. Efectul admiterii excepției de nelegalitate rezultă din interpretarea textului art. 4 alin. (3) din Legea contenciosului administrativ, care prevede că, „în cazul în care a constatat nelegalitatea actului administrativ cu caracter individual, instanța în fața căreia a fost invocată excepția de nelegalitate va soluționa cauza, fără a ține seama de actul a cărui nelegalitate a fost constatăată”. Așadar, caracterul imprescriptibil al controlului de legalitate pe calea incidentală a excepției de nelegalitate este însoțit de sancțiunea neluării în seamă a actului administrativ individual a cărui nelegalitate a fost constatăată. Instanța în fața căreia a fost invocată excepția de nelegalitate este instanța investită cu fondul litigiului aflat într-o legătură de dependență de actul administrativ individual față de care s-a invocat. Clarificarea legalității actului administrativ individual pe calea excepției de nelegalitate este în interesul soluționării litigiului de fond. Cel puțin una dintre chestiunile juridice esențiale ale litigiului de fond depinde de legalitatea/nelegalitatea actului administrativ individual atacat prin excepția de nelegalitate. Sub regimul noului Cod de procedură civilă, din interpretarea coroborată a art. 4 alin. (1)-(3) din Legea nr. 554/2004 cu art. 430-431 NCPC privitoare la autoritatea lucrului judecat și efectele lucrului judecat, respectiv art. 435 NCPC referitoare la obligativitatea *inter partes* și la opozabilitatea *erga omnes*, a rezultat că excepția de nelegalitate are următoarele trăsături juridice: a. este un mijloc de apărare nesupus unor termene de prescripție sau decădere, o excepție invocată într-un proces de orice natură, deja început în sensul art. 4 alin. (1); b. stabilirea regimului juridic al excepției de nelegalitate se clarifică prin raportare la procesul în care a fost invocată: dacă procesul principal e început înainte de 15 februarie 2013, atunci se aplică art. 4 din Legea nr. 554/2004 în versiunea anterioară Legii nr. 76 din 24 mai 2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă (procesul principal e supus suspendării până la soluționarea excepției de nelegalitate); dacă procesul e început după data de 15 februarie 2013 inclusiv, se aplică art. 4 din Legea nr. 554/2004 modificat de Legea nr. 76/2012 (cu interdicția expresă asupra suspendării procesului de contencios administrativ sau penal, conform Legii nr. 202/2010 de accelerare a soluționării proceselor; nici instanțele de drept comun nu mai pot suspenda soluționarea acțiunii introductive, după apariția Legii nr. 76/2012); c. există interdicția expresă a atacării pe calea excepției de nelegalitate a actelor administrative normative pentru procesele supuse Legii nr. 76/2012 (art. 4 alin. (4) din Legea nr. 554/2004); pentru procesele începute anterior Legii nr. 76/2012 (anterior datei de 15 februarie 2013) s-a acceptat că excepția de nelegalitate poate viza un act administrativ normativ, excepția de nelegalitate putând fi respinsă ca lipsită de obiect/interes, dacă exista o hotărâre judecătorească definitivă prin care s-a anulat în tot sau în parte respectivul act administrativ cu caracter normativ, conform art. 23 din Legea nr. 554/2004 și Deciziei nr. 10/2015 a ÎCCJ – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept; d. competența soluționării excepției de nelegalitate aparține instanței (civile, penale, comerciale, de contencios administrativ sau de litigii de muncă) în fața căreia se invocă (pentru acțiuni declanșate după apariția Legii nr. 76/2012). Expresia „instanța investită cu fondul litigiului și în fața căreia a fost

invocată excepția de nelegalitate” se interpretează în sensul că, dacă litigiul se află în faza apelului sau recursului, indiferent de natura litigiului (civil, comercial, penal etc.), excepția de nelegalitate poate fi invocată direct în aceste faze, deoarece instanța de apel rejudecă fondul în limitele stabilite prin cererea de apel și de cele stabilite de instanța de fond (art. 477-478 NCPC, art. 417 NCPP), iar instanța de recurs poate casa în tot sau în parte soluția instanței de fond (art. 496 NCPC), deci aceste instanțe de apel și recurs, în limitele legale, sunt investite cu atribuții procesuale asupra fondului litigiului; e. efectul admiterii excepției de nelegalitate a fost același și înainte de Legea nr. 76/2012: sancțiunea neluării în seama de instanța în fața căreia a fost invocată a actului administrativ a cărui nelegalitate a fost constatată; din interpretarea art. 430, 435 NCPC a rezultat că excepția de nelegalitate ca incident procedural în urma căruia se tranșează chestiunea legalității actului administrativ normativ sau individual (în funcție de regimul aplicabil, raportat la Legea nr. 76/2012) are cel puțin 4 efecte juridice: un efect de neluare în seamă de către instanță a actului administrativ a cărui nelegalitate a fost constatată (inexistență); un efect obligatoriu cu privire la chestiunea tranșată *inter partes*, inclusiv în litigiul ce vizează fondul acțiunii principale în punctele ce aparțin sferei chestiunii juridice tranșate deja (art. 431 NCPC; în dosarul ce a soluționat excepția de nelegalitate, chestiunea juridică tranșată a fost că prin mansardare s-a depășit regimul maxim de înălțime din zonă; ținând cont că dosarul privind excepția de nelegalitate a fost soluționat pe vechiul Cod de procedură civilă – aplicabil acțiunii civile *lato sensu*, introduse înainte de Legea nr. 76/2012 – se poate vorbi de efectul pozitiv al lucrului judecat); un efect de opozabilitate *erga omnes* față de orice terț, pe chestiunea juridică tranșată, până la proba contrară (din nou pentru litigii declanșate după Legea nr. 76/2012, art. 435 NCPC) și, în al patrulea rând, un efect negativ în litigiile principale declanșate anterior Legii nr. 76/2012: excepția de nelegalitate a actului administrativ normativ este lipsită de interes și nu poate fi utilizată în contra efectului pozitiv *erga omnes* al lucrului judecat în procesele de anulare a aceluiași act administrativ normativ, potrivit art. 23 din Legea nr. 554/2004 (Decizia nr. 3.068 din 27 iunie 2014 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Secția de contencios administrativ și fiscal; Decizia nr. 10/2015 a ÎCCJ – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept).

Astfel, instanța a făcut aplicarea art. 28 alin. (2) din Legea nr. 50/1991: decizia menținerii sau a desființării construcțiilor realizate fără autorizație de construire sau cu nerespectarea prevederilor acesteia se va lua de către autoritatea administrației publice competente, pe baza planurilor urbanistice și a regulamentelor aferente, avizate și aprobate în condițiile legii, sau, după caz, de instanță. Pentru lucrări ce se execută la clădirile prevăzute la art. 3 lit. b) este necesar avizul Ministerului Culturii și Cultelor. Raportat la conținutul autorizației de construire, la problemele juridice tranșate prin deciziile irevocabile menționate și la textele actelor administrative indicate, Curtea a constatat exclusiv că edificarea mansardei imobilului situat în București, str. J, nr. 56, sector 1, excedează limitelor autorizației de construire nr. 669/2012. În cauză nu s-a probat nerespectarea autorizației de construire nr. 669/2012 în privința garajului și a suprafeței ocupate a terenului. Pentru aceste motive, după rejudecare în fond după casare, Curtea a admis cererea în parte, a obligat pârâtul Primarul Municipiului București să emită decizie de desființare a mansardei imobilului situat în București, str. J, nr. 56, sector 1, în condițiile art. 28 alin. (2) din Legea nr. 50/1991, prin obținerea avizului

Ministerului Culturii, precum și punerea ei în executare, a obligat pârâtul Primarul Municipiului București să facă demersurile necesare obținerii avizului Ministerului Culturii și a respins, în rest, cererea, ca neîntemeiată.

Comentariu:

Această speță judecată de Curtea de Apel București prezintă două aspecte juridice de noutate absolută.

I. Primul aspect deosebit de interesant este legat de faptul că dezvoltatorul, care obținuse inițial de la autoritatea publică pârâtă o autorizație de construire a unui imobil P+2E în parcelarea protejată „Bazilescu” din cartierul Dămăroaia a mai construit o mansardă în plus. Întrucât Inspectoratul de Stat în Construcții a constatat printr-un raport de inspecție că mansarda nu se înscrie în volumetria autorizată și că trebuie demolată, făcând astfel previzibil deznodământul unei acțiuni pentru desființarea mansardei introdusă de vecinii prejudiciați titulari de servituți urbane² *non aedificandi/non altius tollendi* sau organisme sociale care justifică un interes, autoritatea pârâtă (PMB) a replicat cu o autorizație nouă „de intrare în legalitate” spre a paraliza acțiunea care ar fi avut ca scop demolarea acelei mansarde. Fiind un act administrativ de autoritate nou, intervenit pe timpul procesului, nu a putut fi atacat pe cale principală, pentru că asta ar fi presupus efectuarea procedurii prealabile prevăzute de art. 7 din Legea nr. 554/2004 și introducerea unei noi acțiuni în contencios administrativ. Necesarmențe s-ar fi dispus suspendarea primului litigiu în baza art. 413 alin. (1) pct. 1 NCPC până la soluționarea celui de-al doilea întrucât soarta petitului subsidiar privind demolarea mansardei depindea de menținerea sau nu a autorizației de intrare în legalitate. Ca urmare singura soluție capabilă să asigure celeritatea era invocarea excepției de nelegalitate a autorizației de intrare în legalitate nr. 172/1121335 din 8 aprilie 2013 permisă de art. 4 din Legea nr. 554/2004.

Pentru a fi admisibilă în principiu, excepția de nelegalitate trebuie să îndeplinească conform art. 4 din Legea nr. 554/2004 trei condiții cumulativ:

- să se refere la un act administrativ de autoritate individual. Or autorizația de construire nr. 172/1121335 din 8 aprilie 2013 emisă de intimatul Primarul General este un act administrativ individual;

- să se refere la un act administrativ ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 554/2004.

- de actul administrativ atacat pe cale de excepție depinde soluționarea litigiului pe fond. De fapt „răspunsul” (indirect) la plângerea prealabilă primită de Primăria Municipiului București e chiar această autorizația de construire nr. 172/1121335 din 8 aprilie 2013 care elimină practic din opțiunile autorității pârâte orice posibilitate de aducere a construcției în limitele prevăzute de parametrii urbanistici ai autorizației de construire inițiale (nr. 669/1096222 din 24 septembrie 2012). Ca urmare, fiind vorba de

² *Proprietatea vecină (a reclamantului) reprezintă fondul dominant față de proprietatea pârâtului (fondul aservit) în ceea ce privește servitutea continuă, neaparentă și negativă (art. 760-762 NCC) de a nu construi (non aedificandi/non altius tollendi). Ca urmare se naște în patrimoniul titularului dreptului de proprietate al fondului aservit o obligație negativă propter rem de a nu face (de a nu construi). Dacă se dispune anularea actului administrativ de autoritate cu caracter individual – autorizația de intrare în legalitate se prezumă că mansarda este construită cu încălcarea obligației negative de a nu face. A încălca o obligație negativă de a nu face reprezintă un fapt juridic nelicit care atrage răspunderea civilă delictuală a beneficiarului autorizației de intrare în legalitate în baza art. 1349 NCC.*

două acte administrative emise pentru aceeași construcție „transformarea podurilor în mansardă” există o vădită legătură între excepție și litigiul de fond.

Admițând-se excepția de nelegalitate a autorizației de intrare în legalitate nr. 172/1121335 din 8 aprilie 2013 s-a putut admite petitul nr. 2 cel privind demolarea mansardei neautorizate.

II. Referitor la dispozitivul deciziei: Există un text expres în **Legea nr. 50/1991** care permite instanței de contencios administrativ să dispună demolarea unui supraedificat ca o consecință a admiterii capătului de cerere privind anularea autorizației de construire:

„Art. 24¹ – (1) Instanța de judecată, prin hotărârea prin care soluționează fondul cauzei, poate dispune încadrarea lucrărilor în prevederile autorizației sau desființarea construcțiilor realizate nelegal.”

Capătul de cerere privind obligarea părților la demolarea imobilului este un capăt de cerere incidental, care, potrivit art. 123 NCPC, este de competența instanței care judecă cererea principală. Acțiunea în obligarea părâtului la desființarea construcției realizate cu încălcarea dispozițiilor legale are ca scop restabilirea situației anterioare emiterii actului administrativ contestat. Operează, așadar, o prorogare legală de competență în favoarea instanței de contencios administrativ. Ca urmare a anulării autorizațiilor de construire se constată retroactiv (unul dintre efectele nulității fiind repunerea părților în situația anterioară emiterii actului administrativ de autoritate cu caracter individual) că lucrările efectuate nu au fost autorizate în mod legal.

Ceea ce este interesant la speța de față este că s-a obținut obligarea autorității publice să emită decizie de desființare a mansardei imobilului și să o pună în aplicare ceea ce permite, în caz de neconformare, executarea pe calea art. 24 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, incomparabil mai ușor de realizat decât executarea silită a obligațiilor de a face potrivit art. 903-904 NCPC.

O atare soluție a fost reținută și de Tribunalul Dâmbovița la pronunțarea sentinței nr. 2520 din 28 iunie 2012, rămasă irevocabilă prin respingerea recursului³, hotărâre prin care s-a dispus obligarea Primarului General al Municipiului București la emiterea unei decizii de desființare a imobilului Cathedral Plaza, raționament aplicabil *mutatis mutandis* și în speța de față.

³ A se vedea dec. nr. 456 din 23 ianuarie 2013 a C. Ap. Ploiești prin care a rămas irevocabilă sent. civ. nr. 2520 din 28 iunie 2012 (dosar nr. 2183/120/2012), prin care Trib. Dâmbovița a obligat Primarul Municipiului București să emită decizia de desființare a clădirii Cathedral Plaza și să întreprindă toate demersurile administrative pentru readucerea terenului la situația anterioară emiterii autorizației, în vederea refacerii cadrului natural din zona de protecție a Catedralei Sf. Iosif.

SECȚIUNEA
DREPT EUROPEAN ȘI DREPT
INTERNAȚIONAL

ROLUL NORMELOR EUROPENE ÎN CONTROLUL DE CONSTITUȚIONALITATE

Tudorel TOADER*

Marieta SAFTA**

Abstract:

This study continues to present the development of the constitutional review by the reception and use of European Union rules and the case-law of the Court of Justice of the European Union, emphasizing the most relevant milestones and developments of the case-law of the Constitutional Court in this regard, the latest of which has consisted in formulating the first preliminary reference of the Constitutional Court of Romania before the Court of Justice of the European Union at the end of 2016.

Keywords: constitutional review, supremacy of the Constitution, EU law

Introducere

Odată cu revizuirea Constituției și consacrarea expresă, prin dispozițiile art. 148 din Constituție, a raporturilor dintre dreptul național și dreptul Uniunii Europene, dar, mai cu seamă, după aderarea Uniunii la Uniunea Europeană, problematica rolului normelor europene (referindu-ne aici la cele ale Uniunii Europene) în controlul de constituționalitate a fost abordată în mai multe rânduri în jurisprudența Curții Constituționale a României, care a cunoscut sub acest aspect o semnificativă evoluție, care a condus și la formularea primei trimiteri preliminare la Curtea de Justiție a Uniunii Europene, la sfârșitul anului 2016.

În contextul bilanțului pe care anul 2017 îl presupune din această perspectivă, un bilanț de 10 ani de la aderarea României la Uniunea Europeană, considerăm că este utilă realizarea unei sinteze a celor mai recente evoluții în această materie, prezentul studiu fiind o continuare a analizei pe care am realizat-o cu alte prilejuri, analiză care a vizat și perioada prealabilă aderării la Uniunea Europeană¹.

* Prof. univ. dr., Rector al Universității „Al.I. Cuza” din Iași, judecător la Curtea Constituțională a României (octombrie 2006-iulie 2016); e-mail: ttoader@uiac.ro.

** Conf. univ. dr., Facultatea de Drept a Universității „Titu Maiorescu” din București, Prim magistrat-asistent la Curtea Constituțională a României; e-mail: marietasafta@yahoo.com

¹ A se vedea T. Toader, M. Safta, *Evolutions of the constitutional review in the context of integration into the European Union. The role of the Constitutional Court of Romania in the process of reception of european law into the national legal order*, publicat în volumul Conferinței cu participare Internațională „Instituții juridice contemporane în contextul integrării României în Uniunea Europeană”, organizată de Universitatea Româno-Americană – Facultatea de Drept, București, 16-17 noiembrie 2012, Web <http://ijc.rau.ro/documents/2012-IJC-ed6.pdf>, pp. 23-34; T. Toader, M. Safta, *La Cour Constitutionnelle garant de la suprematie de la Constitution*, în volumul Conferinței internaționale organizată de Universitatea „Mihail Kogălniceanu” din Iași, cu tema „La Cour Constitutionnelle garant de la constitution ou du droit européen?”, 24-25 mai 2013, Iași, publicat de Institutul European, pp. 91-107.

II. Temeiul constituțional al receptării dreptului Uniunii Europene în dreptul intern

Raporturile dintre Constituție și dreptul Uniunii Europene

Orice abordare vizând rolul normelor Uniunii Europene în dreptul intern trebuie să pornească de la stabilirea bazelor constituționale incidente, în măsura în care ele definesc acest rol. Constituția României, asemenea altor constituții europene², cuprinde norme distincte, speciale, referitoare la această problematică, reglementate de art. 148 – *Integrarea în Uniunea Europeană*. Textul constituțional de referință nu se distinge prin claritate sau detaliere, astfel încât i-a revenit Curții Constituționale sarcina de a stabili, pe baza interpretării sistematice a Constituției, raporturile de norme juridice în cadrul celor două sisteme de drept, și modul în care normele dreptului Uniunii Europene interferează în controlul de constituționalitate.

Statuând, cu prilejul unor decizii prin care s-a pronunțat asupra inițiativelor de revizuire a Constituției, asupra raporturilor dintre Constituție și normele dreptului Uniunii Europene, astfel cum rezultă acestea din prevederile art. 148 din Constituție, Curtea a reținut și subliniat supremația Constituției asupra întregii ordini juridice naționale. Curtea a observat că actualul text din Constituție dispune în sensul că prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare. În legătură cu noțiunea de „*legi interne*”, Curtea a făcut o distincție între Constituție și celelalte legi³, prin analogie cu distincția realizată la nivelul Legii fundamentale prin art. 20 alin. (2) teza finală, care dispune în sensul aplicării cu prioritate a reglementărilor internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile. În raport de această distincție, rezultă că legiuitorul constituant a stabilit prioritatea normelor Uniunii Europene în raport de legislația infraconstituțională, iar nu și în raport de prevederile Constituției, legea supremă, fundamentală a statului⁴.

Se observă că poziția Curții Constituționale a României este tranșantă în privința raporturilor dintre cele două ordini juridice, sens în care este și jurisprudența altor instanțe constituționale⁵. Desigur că, implicit, această interpretare semnifică și o

² Astfel, de exemplu, Constituția Republicii Federale Germania prevede o consistentă reglementare a raporturilor juridice cu Uniunea Europeană, în art. 23 – Uniunea Europeană – protecția drepturilor fundamentale-principiul subsidiarității, care statuează, în esență, că Germania participă la dezvoltarea Uniunii Europene; poate transfera prin lege puterile suverane; poate să introducă o acțiune la Curtea de Justiție a Uniunii Europene pentru contestarea unui act legislativ al acesteia care încalcă principiul subsidiarității etc. – a se vedea traducerea Constituției Republicii Federale a Germaniei, în Codex Constituțional. Constituțiile statelor membre ale Uniunii Europene, coordonator St. Deaconu, Ed. Monitorul Oficial, 2015, p. 689.

³ A se vedea Dec. nr. 148 din 16 aprilie 2003, publicată în M. Of. nr. 317 din 12 mai 2003.

⁴ În același sens, a se vedea Decizia nr. 80 din 16 februarie 2014, publicată în M. Of. nr. 246 din 7 aprilie 2014.

⁵ A se vedea și comentariul pe marginea jurisprudenței Consiliului de Stat și a Curții de Casație din Franța, în sensul că nu este posibilă, contrar la ce invită jurisprudența Simmenthal, să se solicite judecătorului să se îndepărteze de la funcția sa și să prefere standardul internațional, sau mai exact norma Uniunii înaintea normei constituționale, deoarece aceasta există doar pentru că acest fapt a fost făcut posibil de Constituție – C. Boutayeb, în *Dreptul Uniunii Europene și tribunalele constituționale ale statelor membre. Interviu*, Ed. Universitară, București, 2015, p. 57.

conservare a poziției Curții Constituționale în raport de instanțe/instituții europene, în calitatea sa de garant al supremației Constituției.

Aspecte specifice receptării Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene în dreptul intern

Cât privește Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, Curtea Constituțională a României a identificat temeiul receptării sale tot în art. 148 din Constituție, referitor la integrarea în Uniunea Europeană, iar nu în art. 20, referitor la tratatele internaționale privind drepturile omului. Curtea Constituțională a explicat însă această statuare prin aceea că potrivit art. 6 alin. (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană (versiunea consolidată), „*Uniunea recunoaște drepturile, libertățile și principiile prevăzute în Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene din 7 decembrie 2000, astfel cum a fost adaptată la 12 decembrie 2007, la Strasbourg, care are aceeași valoare juridică cu cea a tratatelor*”.

Diferențele determinate de această încadrare juridică sunt considerabile, întrucât prevederile art. 20 din Constituție impun o interpretare chiar a Constituției în concordanță cu normele din tratatele în materia drepturilor omului la care România este parte și prioritatea acestora din urmă atunci când Constituția nu prevede norme mai favorabile, pe când, în raport de art. 148 din Constituție, prevederile Cartei au valoare infraconstituțională, și prioritate doar în raport de prevederile contrare din legile organice și ordinare interne. Curtea Constituțională a mai stabilit că normele din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene sunt, de principiu, aplicabile în controlul de constituționalitate „în măsura în care asigură, garantează și dezvoltă prevederile constituționale în materia drepturilor fundamentale, cu alte cuvinte, în măsura în care nivelul lor de protecție este cel puțin la nivelul normelor constituționale în domeniul drepturilor omului.”

Circumstanțierea realizată de Curte este „compensată” însă, câtă vreme Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene influențează considerabil jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (obligatorie inclusiv pentru Curtea Constituțională, în temeiul art. 20 din Constituție). Așa cum s-a remarcat⁶, Curtea Europeană a Drepturilor Omului folosește prevederi ale Cartei pentru a introduce în jurisprudența sa soluții noi, mai adaptate la împrejurări și evoluția societății. Utilizând un exemplu de jurisprudență a instanței de la Strasbourg ce vizează cauza în care Curtea Constituțională a României a decis formularea unei întrebări preliminare la Curtea de Justiție a Uniunii Europene, menționăm Hotărârea din 24 iunie 2010, pronunțată în Cauza *Schalk și Kopf c. Austriei*. În această cauză, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a analizat susținerile reclamanților care au invocat, în special, faptul că au fost discriminați pe motiv că, fiind ambii de același sex, le-a fost refuzată posibilitatea de a se căsători sau de a fi recunoscută juridic în alt fel relația lor. În esență, aceștia au invocat jurisprudența Curții conform căreia Convenția este un instrument viu care urmează a fi interpretat în lumina condițiilor vieții actuale. Potrivit reclamanților, în condițiile vieții actuale, art. 12 din Convenție ar trebui interpretat ca garantând cuplurilor de același sex accesul la căsătorie or, cu alte cuvinte, ca obligând Statele Membre să asigure acest acces prin legile lor

⁶ F.B. Rohmer, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne dix ans après sa proclamation*, în *European Yearbook of Human Rights* 2011, pp. 24-30.

naționale (par. 57). În considerentele hotărârii pronunțate, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a comparat art. 12 al Convenției și art. 9 al Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, cu privire la care Curtea stabilise deja că intenționat a omis de a face referință la bărbat și femeie (a se vedea Hotărârea pronunțată în Cauza *Christine Goodwin*, par. 100). Comentariul la Cartă, din decembrie 2009, confirmă că art. 9 este conceput pentru a avea o aplicabilitate mai largă decât articolele corespunzătoare din alte instrumente de apărare a drepturilor omului. În același timp, referința acestuia la legile naționale reflectă diversitatea reglementărilor naționale, care variază de la autorizarea căsătoriei homosexuale până la interzicerea expresă a acesteia. Prin urmare, ținând cont de art. 9 al Cartei, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că „nu va mai considera că dreptul la căsătorie consacrat în art. 12 trebuie în toate cazurile să fie limitat la căsătoria între persoane de sex opus. În consecință, nu se poate afirma că art. 12 nu este aplicabil în speță. Totuși, în starea actuală a lucrurilor, problema referitoare la autorizarea căsătoriilor între parteneri de același sex rămâne a fi reglementată prin legi naționale de statele contractante” (par. 61).

Practic, prin intermediul „dialogului” între instanțele europene chemate să asigure respectarea drepturilor și libertăților fundamentale, dispozițiile Cartei și interpretarea lor sunt receptate (este drept, în mod indirect), și prin intermediul art. 20 din Constituția României, cu consecințele juridice corespunzătoare. Am putea conchide că, la acest moment, receptarea Cartei drepturilor fundamentale în dreptul intern (inclusiv în controlul de constituționalitate) se face în mod direct, în temeiul art. 148 din Constituție, și indirect, în temeiul art. 20 din Constituție.

III. Utilizarea normelor Uniunii Europene în cadrul controlului de constituționalitate

1. Statuări de principiu

În temeiul art. 148 din Constituție, normele dreptului Uniunii Europene nu pot constitui obiect al controlului de constituționalitate, însă pot constitui norme interpușe celor de referință pentru realizarea controlului de constituționalitate, cu distincțiile prevăzute de textul constituțional, în limitele și la aprecierea Curții Constituționale a României. Este o concluzie care s-a conturat într-o jurisprudență care s-a conturat treptat, și a cărei „limpezire”, în sensul stabilirii unor condiții de utilizare a normelor europene în controlul de constituționalitate s-a realizat prin Decizia nr. 668 din 18 mai 2011, pronunțată în Monitorul Oficial al României, nr. 487 din 08 iulie 2011.

Prin decizia menționată au fost formulate, în esență, următoarele concluzii: Constituția este unica normă directă de referință în cadrul controlului de constituționalitate; competența „de a stabili dacă există o contrarietate între legea națională și Tratatul UE, aparține instanței de judecată, care, pentru a ajunge la o concluzie corectă și legală, din oficiu sau la cererea părții, poate formula o întrebare preliminară în sensul art. 234 din Tratatul de instituire a Comunității Europene la Curtea de Justiție a Comunităților Europene”; o normă de drept european poate fi utilizată în cadrul controlului de constituționalitate ca normă interpusă celei directe de referință – ce nu poate fi decât Constituția –, cu respectarea unor condiții (o condiție de ordin obiectiv, ce privește claritatea normei, și una de ordin subiectiv, ce ține de marja de apreciere a relevanței constituționale a normei de drept european).

Bazându-se acest precedent constituțional, deopotrivă obligatoriu pentru Curte, ca și pentru oricare alt subiect de drept, Curtea a examinat în deciziile pronunțate ulterior în cauzele în care s-a invocat art. 148 din Constituție, îndeplinirea condițiilor mai sus menționate, sens în care vom prezenta câteva exemple de analiză/statuări ale Curții Constituționale.

2. Clauza implicită de conformare a legilor interne cu actele Uniunii Europene⁷ cuprinsă în art. 148 alin. (2) din Constituție; distincții prin raportare la conceptul de identitate constituțională națională. Competența Curții Constituționale de a sancționa încălcarea clauzei menționate, în ipoteza actelor Uniunii Europene cu relevanță constituțională. Nepunerea de acord a dispozițiilor legilor interne cu actele obligatorii ale Uniunii Europene cu relevanță constituțională constituie o încălcare a prevederilor art. 148 alin. (4) din Constituție⁸.

Aceste statuări au fost formulate de Curte cu prilejul examinării unei excepții de neconstituționalitate având ca obiect dispozițiile art. 86 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței⁹, potrivit căroră „*Prin derogare de la prevederile Legii nr. 53/2003 – Codul muncii, cu modificările și completările ulterioare, după data deschiderii procedurii, desfacerea contractelor individuale de muncă ale personalului debitoarei se va face de urgență de către administratorul judiciar/lichidator, fără a fi necesară parcurgerea procedurii de concediere colectivă. Administratorul judiciar/lichidatorul va acorda personalului concediat doar preavizul de 15 zile lucrătoare*”

Punctual, referitor la susținerile autorilor excepției de neconstituționalitate referitoare la **încălcarea unor acte ale Uniunii Europene**, Curtea a reținut că art. 27 din Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene, având titlul marginal *Dreptul lucrătorilor la informare și la consultare în cadrul întreprinderii* prevede că „*Lucrătorilor sau reprezentanților acestora li se garantează, la nivelurile corespunzătoare, informarea și consultarea în timp util, în cazurile și în condițiile prevăzute de dreptul Uniunii și de legislațiile și practicile naționale*”. De asemenea, art. 153 alin. (1) lit. e) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene prevede că „*În vederea realizării obiectivelor menționate la art. 151 [promovarea ocupării forței de muncă, îmbunătățirea condițiilor de trai și de muncă, protecție socială adecvată, dialogul social, dezvoltarea resurselor umane și combaterea excluziunii – s.n.], Uniunea susține și completează acțiunea statelor membre în domeniile următoare: [...] (e) informarea și consultarea lucrătorilor*”. În vederea punerii în aplicare a principii enunțate, art. 2, având titlul marginal *Informarea și consultarea*, din Directiva 98/59/CE a Consiliului din 20 iulie 1998 privind apropierea legislațiilor statelor membre cu privire la concedierile colective, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr. 225 din 12 august 1998, prevede că, în cazul în care un angajator are în vedere concedieri colective, va iniția în timp util consultări cu reprezentanții lucrătorilor pentru a ajunge la un acord, consultări care se referă cel puțin la posibilitățile de a evita concedierile colective sau de

⁷ Cu distincțiile menționate în Decizia nr. 80 din 16 februarie 2014, publicată în M. Of. nr. 246 din 7 aprilie 2014, par. 455.

⁸ Decizia nr. 64 din 24 februarie 2015, publicată în M. Of. nr. 286 din 28 aprilie 2015.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 359 din 21 aprilie 2006.

a reduce numărul de lucrători afectați, precum și la posibilitățile de a atenua consecințele prin recurgerea la măsuri sociale însoțitoare vizând, între altele, sprijin pentru redistribuirea sau recalificarea lucrătorilor concediați. În vederea îndeplinirii finalității urmărite, angajatorul este obligat să furnizeze toate informațiile necesare pentru a permite reprezentanților lucrătorilor să formuleze propuneri constructive. În acest sens, Curtea a mai reținut că, prin Hotărârea din 3 martie 2011, pronunțată în Cauza C-235/2010 *David Claes și alții c. Landsbanki Luxembourg SA*, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat „consultările prevăzute la art. 2 din Directiva 98/59 se referă nu numai la posibilitățile de a evita sau de a reduce numărul de concedieri colective, ci și la posibilitățile de a atenua consecințele acestora prin recurgerea la măsuri sociale însoțitoare vizând, printre altele, sprijin pentru redistribuirea sau recalificarea lucrătorilor concediați” (par. 56). Prin aceeași hotărâre, Curtea de la Luxemburg a stabilit că, „până la încetarea definitivă a personalității juridice a unei instituții cu privire la care se dispune dizolvarea și lichidarea, trebuie îndeplinite obligațiile care decurg din art. 2 și 3 din Directiva 98/59. Obligațiile care revin angajatorului în temeiul acestor articole trebuie executate de conducerea instituției în cauză, cât timp aceasta rămâne în funcție, chiar cu competențe limitate în ceea ce privește administrarea respectivei instituții, sau de lichidatorul acesteia, în măsura în care administrarea instituției menționate este preluată în totalitate de acest lichidator” (pct. 2 al dispozitivului hotărârii). Așadar, obligațiile de informare și consultare prevăzute de directivă trebuie respectate indiferent dacă față de societate a fost deschisă procedura reorganizării judiciare sau cea a lichidării.

Statuând în continuare cu privire la **aplicabilitatea Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene în controlul de constituționalitate** și în privința aplicării actelor obligatorii ale Uniunii Europene în cadrul controlului de constituționalitate în sensul considerentelor de principiu pe care le-am analizat deja, Curtea a constatat că **prima condiționalitate este îndeplinită**, art. 153 alin. (1) lit. e) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, art. 27 din Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene și art. 2 și 3 din directiva menționată având un conținut suficient de clar, precis și neechivoc, mai ales prin prisma interpretării date de Curtea de Justiție a Uniunii Europene prin hotărârea anterior menționată. **Cu privire la cea de-a doua condiționalitate**, Curtea a constatat că, prin conținutul lor normativ, actele Uniunii Europene protejează dreptul la „informarea și consultarea lucrătorilor”, susținând și completând acțiunea statelor membre, așadar, vizând, în mod direct, dreptul fundamental la protecția socială a muncii prevăzut de art. 41 alin. (2) din Constituție astfel cum a fost interpretat prin prezenta decizie, text constituțional care asigură un standard de protecție egal cu cel rezultat din actele Uniunii Europene. Rezultă, așadar, că **actele Uniunii Europene anterior menționate au, în mod evident, o relevanță constituțională**, ceea ce înseamnă, pe de o parte, că se circumscriu și se subsumează art. 41 alin. (2) din Constituție, prin îndeplinirea dublei condiționalități anterior menționate, fără a încălca identitatea constituțională națională, iar, pe de altă parte, că **este de competența Curții Constituționale constatarea existenței acestei neconcordanțe normative între actele Uniunii Europene anterior menționate și cele naționale, respectiv art. 86 alin. (6) teza întâi din Legea nr. 85/2006**. Cu privire la acest din urmă aspect, Curtea a reținut că neconcordanța normativă astfel constatată nu își poate avea rezolvarea doar prin

recurgerea la principiul constituțional al priorității de aplicare a actelor Uniunii Europene, ci prin constatarea încălcării art. 148 alin. (2) din Constituție, text care cuprinde, în mod implicit, o clauză de conformare a legilor interne cu actele Uniunii Europene¹⁰ iar încălcarea acesteia, în ipoteza actelor Uniunii Europene cu relevanță constituțională, trebuie sancționată ca atare de către Curtea Constituțională. Desigur, în privința actelor Uniunii Europene care nu au relevanță constituțională competența de a remedia neconcordanța normativă aparține legiuitorului sau instanțelor judecătorești, după caz¹¹.

Curtea a constatat că, întrucât textul legal criticat este abrogat, fiind, așadar, eliminat din fondul activ al legislației, legiuitorul nu îl mai poate pune de acord cu actele Uniunii Europene incidente, astfel încât numai instanțele judecătorești ar fi competente să soluționeze conflictul dintre norma europeană și cea națională. Nepunerea de acord a dispozițiilor art. 86 alin. (6) teza întâi din Legea nr. 85/2006 cu actele obligatorii Uniunii Europene cu relevanță constituțională în perioada de activitate a Legii nr. 85/2006 constituie *eo ipso* o încălcare a prevederilor art. 148 alin. (4) din Constituție, întrucât legiuitorul a permis ca raporturile juridice de muncă să fie guvernate de aceste dispoziții naționale, derogându-se de obligația sa constituțională de a garanta, pe plan legislativ, cel puțin același nivel de protecție al dreptului la măsuri de protecție socială a muncii cu cel prevăzut în actele obligatorii ale Uniunii Europene, precum și de a pune de acord în mod permanent și continuu legislația națională infraconstituțională cu actele obligatorii ale Uniunii Europene. De altfel, legiuitorul ordinar a sesizat aceste deficiențe de reglementare și a schimbat soluția legislativă prin Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență¹².

3. Lipsa de relevanță constituțională a normei europene interpusă celei de referință. Inadmisibilitatea, în această situație, a sesizării întemeiată pe nerespectarea dispozițiilor art. 148 alin. (4) din Constituție.

Într-o cauză¹³, norma de drept european reținută ca fiind interpusă celei de referință consacrată de art. 148 alin. (4) din Constituție a reprezentat-o art. 108 alin. (3) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, potrivit căruia „Comisia este informată în timp util pentru a-și prezenta observațiile cu privire la proiectele care urmăresc să instituie sau să modifice ajutoarele. În cazul în care apreciază că un proiect nu este compatibil cu piața internă în conformitate cu dispozițiile art. 107, Comisia inițiază fără întârziere procedura prevăzută la alineatul precedent [n.r. desființarea sau modificarea ajutorului de către statul în cauză în termenul stabilit de Comisie, respectiv sesizarea directă a Curții de Justiție a Uniunii Europene, prin derogare de la art. 258 și 259]. Înainte de pronunțarea unei decizii finale, statul membru în cauză nu poate pune în aplicare măsurile preconizate.” Curtea Constituțională a reținut că „deși înțelesul normei

¹⁰ Cu distincțiile menționate în Decizia nr. 80 din 16 februarie 2014, publicată în M. Of. nr. 246 din 7 aprilie 2014, par. 455.

¹¹ A se vedea Decizia nr. 668 din 18 mai 2011, precitată.

¹² Publicată în M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014 (care a abrogat Legea nr. 85/2006).

¹³ Decizia nr. 157 din 19 martie 2014 cu privire la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 57/2013 privind modificarea și completarea Legii nr. 220/2008 pentru stabilirea sistemului de promovare a producerii energiei din surse regenerabile de energie.

europene este clar și previzibil, cerințele rezultate din interpretarea și aplicarea art. 108 alin. (3) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, așa cum acestea sunt dezvoltate în legislația secundară adoptată în baza tratatului, nu au relevanță constituțională, ele reglementând obligația legislativului român, Parlament sau Guvern, după caz, de a adopta măsuri în domeniul ajutoarelor de stat cu respectarea procedurilor prevăzute de dreptul european. Nerespectarea obligațiilor asumate prin tratat va determina exclusiv consecințele juridice consacrate de normele europene, și anume desființarea sau modificarea ajutorului în termenul stabilit de Comisie, în cazul în care aceasta constată incompatibilitatea măsurilor cu piața internă, respectiv sesizarea Curții de Justiție a Uniunii Europene împotriva statului român, dacă acesta refuză respectarea unei decizii a Comisiei. Dispozițiilor art. 108 alin. (3) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, norme care vizează procedura de notificare/informare a Comisiei Europene de către statele membre, nu li se poate atribui valoare de principiu, de natură a ridica la rangul de normă constituțională obligația statului de a informa forul european cu privire la proiectele normative care urmăresc să instituie sau să modifice ajutoarele de stat. Prin urmare, norma de drept european interpusă în cadrul controlului de constituționalitate celei de referință consacrate de art. 148 alin. (4) din Constituție nu poate constitui temei al controlului de constituționalitate și nici temei al cenzurării actului normativ intern din perspectiva unei încălcări a Legii fundamentale.”

Într-o altă cauză¹⁴, sesizată fiind cu excepția de neconstituționalitate a unor dispoziții din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, criticate în raport de dispozițiilor constituționale ale art. 21 alin. (1), (2) și (4) referitoare la accesul liber la justiție și la caracterul facultativ și gratuit al jurisdicțiilor speciale administrative, art. 135 alin. (1) și (2) lit. a) privind libertatea comerțului, protecția concurenței loiale și crearea cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție și art. 148 alin. (2) și (4) cu privire la integrarea în Uniunea Europeană, precum și la obligațiile rezultate din actul aderării, Curtea a statuat, în ceea ce privește invocarea legislației Uniunii Europene, prin prisma art. 148 alin. (2) și (4) din Constituție, că potrivit jurisprudenței sale nu este de competența sa să analizeze conformitatea unei dispoziții de drept național cu textul Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene prin prisma art. 148 din Constituție. Această competență aparține instanței de judecată, care, pentru a ajunge la o concluzie corectă și legală, din oficiu sau la cererea părții, poate formula o întrebare preliminară în sensul art. 267 din Tratat la Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Curtea a mai arătat că toate aceste aspecte converg spre a demonstra faptul că sarcina aplicării cu prioritate a reglementărilor dreptului european obligatorii în raport cu prevederile legislației naționale revine instanței de judecată, fiind o chestiune de aplicare a legii, și nu de constituționalitate¹⁵. Curtea a mai observat că problematica garanției de bună conduită formează obiectul unor „cereri de decizie preliminară”, fiind de competența Curții de Justiție a Uniunii Europene de a stabili interpretarea actelor Uniunii Europene, Curtea Constituțională neputându-le

¹⁴ Decizia nr. 750 din 4 noiembrie 2015, publicată în M. Of. nr. 18 din 11 ianuarie 2015.

¹⁵ A se vedea, în acest sens, Decizia nr. 1.249 din 7 octombrie 2010, publicată în M. Of. nr. 764 din 16 noiembrie 2010.

atribui o interpretare proprie pentru a clarifica și stabili conținutul acestora¹⁶. Ca urmare, „nu poate analiza dacă clauza de conformare cuprinsă în art. 148 din Constituție a fost sau nu respectată[...]”¹⁷. În consecință, revine instanțelor de judecată să stabilească, în funcție de hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene, modul de aplicare a legislației naționale în raport de cea a Uniunii Europene.

4. Neîndeplinirea obligației legiuitorului de a indica, în cuprinsul reglementărilor adoptate, actele Uniunii Europene transpuse. Soluție normativă ce tinde să se sustragă condițiilor prevăzute de normele europene transpuse. Neconstituționalitate prin raportare la art. 148 alin. (4) din Constituție¹⁸

Astfel, într-o cauză, Curtea a reținut, cât privește critica referitoare la încălcarea art. 148 din Constituție, existența unei dispute între Guvern și autorii obiecției de neconstituționalitate cu privire la directiva aplicabilă parteneriatului public-privat contractual și/sau instituționalizat. Curtea a apreciat că o atare incertitudine este dată de faptul că legiuitorul nu și-a îndeplinit obligația de a indica, în cuprinsul legii criticate, actele Uniunii Europene care sunt transpuse prin aceasta, ceea ce este inadmisibil. Indiferent de directiva aplicabilă (în cauză Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune sau Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, ambele publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L nr. 94 din 28 martie 2014), Curtea a observat că ambele cuprind condiții care coincid aproape până la detaliu în privința modificării sau denunțării unilaterale a contractului, în timp ce textul art. 38 alin. (1) din lege conține o soluție normativă ce tinde să se sustragă acestor condiții. În consecință, soluția legislativă cuprinsă în textul criticat reprezintă o încălcare de către Parlament a dispozițiilor art. 148 alin. (4) din Constituție, text care reglementează rolul acestuia de garant în privința ducerii la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul aderării. Ca urmare, Curtea a admis, în parte, obiecția de neconstituționalitate formulată și a constatat că dispozițiile art. 38 alin. (1) din Legea privind parteneriatul public-privat sunt neconstituționale.

De altfel, în alte cauze, Curtea a statuat asupra obligației legiuitorului de a adopta norme în sensul hotărârilor Curții de Justiție a Uniunii Europene¹⁹, de exemplu Cauza C-402/09, prin Hotărârea din 7 aprilie 2011, *Ioan Tatu împotriva statului român prin Ministerul Finanțelor și Economiei și alții*, având ca efect restituirea sumelor încasate cu titlu de taxă pe poluare pentru autovehicule și de taxă pentru emisiile poluante provenite de la autovehicule, la care se adaugă dobânzile calculate până la data plății integrale și cheltuielile de judecată, precum și alte sume stabilite de instanțele judecătorești. Curtea a

¹⁶ A se vedea, în acest sens, Decizia nr. 383 din 23 martie 2011, publicată în M. Of. nr. 281 din 21 aprilie 2011.

¹⁷ A se vedea, în acest sens, Decizia nr. 64 din 24 februarie 2015, publicată în M. Of. nr. 286 din 28 aprilie 2015.

¹⁸ Decizia nr. 390 din 2 iulie 2014, publicată în M. Of. nr. 532 din 17 iulie 2014.

¹⁹ Decizia nr. 602 din 1 octombrie 2015, publicată în M. Of. nr. 859 din 18 noiembrie 2015.

reținut că legiuitorul a respectat hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene tocmai prin dispozițiile Constituției²⁰.

Considerăm că această emiterea actului normativ criticat, act care este în conformitate cu abordare dă expresie și idei de dialog judiciar, reflectată, de altfel, și în alte decizii, cum ar fi, de exemplu, în materia concurenței, când, abordând problematica accesului la informații confidențiale²¹, Curtea a invocat practica Curții de Justiție a Uniunii Europene care, referindu-se la accesul la informații confidențiale în materia concurenței, a statuat că administrarea probelor în cauzele de drept unional al concurenței este caracterizată prin faptul că înscrisurile examinate conțin adesea secrete de afaceri sau alte informații care nu pot fi divulgate sau nu pot fi divulgate decât cu condiția respectării unor restricții importante (Hotărârea din 25 ianuarie 2007 pronunțată în Cauza C-411/04P *Salzgitter Mannesmann GmbH*, par. 43). Aceeași instanță a mai statuat că, ținând seama de natura intereselor protejate în cadrul controlului unei operațiuni de concentrare, publicarea informațiilor sensibile referitoare la activitățile economice ale întreprinderilor implicate poate aduce atingere intereselor lor comerciale, independent de existența unei proceduri de control în curs. În plus, perspectiva unei astfel de publicări după închiderea procedurii de control ar risca să dăuneze disponibilității întreprinderilor de a colabora atunci când o astfel de procedură este pendinte (Hotărârea din 28 iunie 2012, pronunțată în Cauza C-404/10P, *Éditions Odile Jacob SAS*, par. 124). Curtea Constituțională a României a apreciat că „rațiuni de aceeași natură au stat la baza modificărilor aduse de legiuitor, prin dispozițiile legale criticate, care a ținut cont de materia specifică a dreptului concurenței.”

5. Prima trimitere preliminară adresată Curții de Justiție a Uniunii Europene de către Curtea Constituțională a României

Evoluțiile și cristalizarea unei concepții în sensul mai sus arătat, precum și complexitatea crescândă a cauzelor supuse soluționării Curții Constituționale, sub aspectul raporturilor dintre dreptul intern/european/internațional, în contextul preocupării de a asigura cele mai înalte standarde de protecție a drepturilor și libertăților fundamentale, a condus la formularea primei trimiteri preliminare a instanței constituționale române la Curtea de Justiție a Uniunii Europene (C-673/16-*Coman și alții*). Dosarul în care s-a formulat această trimitere are ca obiect excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 277 alin. (2) și (4) C. civ., text cu denumirea marginală *Interzicerea sau echivalarea unor forme de conviețuire cu căsătoria*, cauză care ridică problema libertății de circulație și stabilire pe teritoriul Uniunii Europene, în condiții de egalitate și nediscriminare, a partenerilor din căsătoriile homosexuale legal încheiate în state membre care recunosc căsătoria între persoane de același sex, asemenea celor din căsătoriile heterosexuale.

IV. Aspecte de procedură. Intervențiile *amicus curiae* în dosare ale Curții Constituționale

²⁰ Pentru consistenta argumentare bazată pe jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, și consistentul dialog judiciar născut în legătură cu aceasta, a se vedea și Decizia nr. 17 din 21 ianuarie 2015, publicată în M. Of. nr. 79 din 30 ianuarie 2015.

²¹ Decizia nr. 568 din 15 septembrie 2015, publicată în M. Of. nr. 844 din 12 noiembrie 2015.

Considerăm că influența dialogului judiciar se resimte și în privința adaptării procedurilor în fața Curții Constituționale, aceasta devenind mai „deschisă” față de practici precum intervențiile *amicus curie*, larg utilizate la nivel european. De altfel, chiar într-o cauză²² vizând o hotărâre arbitrală prin care statul român a fost obligat la plata unor sume de bani, respectiv modificarea procedurilor naționale în domeniu pentru ca România să își poată respecta angajamentele asumate în calitate de stat membru al Uniunii Europene, Curtea Constituțională a României a procedat la o precizare a poziției sale în raport de intervențiile *amicus curiae* în cauzele ce îi sunt deferite spre soluționare, cu referire la o astfel de cerere formulată de Comisia Europeană.

Curtea a observat în acest sens că, în temeiul art. 23a alin. (2) din Regulamentul (CE) nr. 659/1999 al Consiliului din 22 martie 1999 de stabilire a normelor de aplicare a art. 93 din Tratatul CE, aceasta a depus, în calitate de *amicus curiae*, observații scrise cu privire la excepția de neconstituționalitate ridicată. Curtea a reținut că procedeul intervenției în calitate de *amicus curiae* în procedura din fața Curții Constituționale nu reprezintă o extindere a cadrului procesual existent, întrucât părțile din litigiul constituțional sunt cele care au această calitate în procedura *a quo*. Depunerea de note scrise, în aceste condiții, nu echivalează cu atribuirea vreunei calități procesuale Comisiei Europene în sensul Codului de procedură civilă coroborat cu art. 14 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, ci ***are semnificația exprimării unei opinii/poziții a unei terțe persoane față de litigiul constituțional asupra problemei deduse instanței a quo, cu scopul de a sprijini instanța de contencios constituțional în soluționarea cauzei, sens în care a și fost utilizată această cerere.***

V. Concluzii

Realizând un bilanț la 10 ani de la aderarea României la Uniunea Europeană, putem afirma că instanța română de contencios constituțional a trecut printr-un proces de continuă și rapidă dezvoltare, de receptare și adaptare a experiențelor altor instanțe de control constituțional, a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului și Curții de Justiție a Uniunii Europene, dar și de inovare și apel la identitatea constituțională națională. Am analizat, pe larg, „pașii” pe care instanța de jurisdicție constituțională din România i-a parcurs în acest sens, în studiul intitulat „Evoluția constituționalismului în România”, care deschide primul număr al Revistei de drept constituțional²³. Considerăm că, în privința receptării dreptului Uniunii Europene, acești „pași” reflectă o atitudine atentă, de evitare a posibilelor conflicte de jurisdicție, orientată în ultimii ani către ideea de dialog prin intermediul întrebărilor preliminare, dialog care a fost deschis la finele anului 2016. S-ar putea spune că prin această evoluție, Curtea Constituțională a României se înscrie într-o orientare comună, identificată prin sintagma „constituționalism cooperativ de fond”²⁴, cu scopul de a explora modalitatea de susținere mai adecvată a standardelor de protecție a valorilor constituționale clasice, de fond, dezvoltate de curțile constituționale și instanțele supreme naționale, în cooperare cu instanțele europene.

²² Decizia nr. 887 din 15 decembrie 2015 publicată în M. Of. nr. 191 din 15 martie 2016.

²³ Editura Universul Juridic, București, 2015.

²⁴ A se vedea A. Albi, în *Dreptul Uniunii Europene și tribunalele constituționale ale statelor membre. Interviu*, Ed. Universitară, București, 2015, p. 17.

ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE PRIVIND APLICAREA DIRECTĂ A DREPTULUI UNIUNII EUROPENE ÎN ORDINEA JURIDICĂ NAȚIONALĂ

Nicoleta DIACONU*

Abstract:

The direct application of EU law is a basic principle of law union system that allows citizens of the Member States rely directly before the national union law.

The principle of direct effect is closely linked to the principle of priority of law enforcement union in national law of the Member States. The two principles enshrined in practice judicially Court of Justice of the European Union.

The principle of direct applicability causes different effects depending on the legal category to which it belongs union source of law in question.

Keywords: application direction; direct effect; EU law

1. Fundamentarea principiului

Dreptul Uniunii Europene reprezintă un sistem de drept juridic autonom, cu caracteristici proprii, care se implementează în ordinea juridică a statelor membre după reguli noi, diferite față de modalitățile clasice de aplicare ale dreptului internațional public.

La baza raportului dintre dreptul național și dreptul Uniunii Europene stau două principii fundamentale, respectiv principiul priorității dreptului Uniunii Europene și principiul aplicării directe a dreptului unional în ordinea juridică a statelor membre.

Principiul aplicabilității directe își găsește confirmarea în disp. art. 288 alin. (2) TFUE, dar numai în ceea ce privește regulamentele, despre care se precizează că sunt de aplicabilitate directă în toate statele membre.

Pentru celelalte acte normative ale Uniunii Europene, i-a revenit rolul Curții de Justiție de a statua acest principiu, cu ocazia soluționării unor cauze.

➡ Astfel, în hotărârea *Van Gend en Loos*¹, Curtea a constatat că Tratatul CE are ca obiect instituirea unei „piețe comune”, care în mod implicit cuprinde pe toți justițiabilii Comunității, cărora lise aplică tratatul, acesta nefiind adoptat numai pentru reglementarea raporturilor dintre statele membre. S-a arătat, de asemenea, că tratatele constituie o ordine juridică nouă, de drept internațional, căreia statele i-au transferat competența lor, iar subiecte de drepturi și obligații nu sunt numai statele, ci și resortisanții acestora, cărora jurisdicțiile naționale trebuie să le garanteze exercitarea drepturilor și să asigure îndeplinirea obligațiilor acestora.

➡ Ulterior, prin hotărârea *COSTA c. ENEL*² Curtea a revenit asupra formulărilor din hotărârea menționată mai sus, înlocuind formularea „ordine juridică de drept

* Prof. univ. dr., Universitatea „Spiru Haret” București; e-mail: Nicoled58@yahoo.com.

¹ CJCE, Hot. din 5 februarie 1963, 26/62.1.

² CJCE, Hot. din 15 iulie 1964, 6/64.

internațional” cu „ordine juridică proprie” iar „independența” dreptului comunitar a fost înlocuită cu „integrarea” sa în sistemul juridic al statelor membre.

Înlocuirea „*ordinii juridice internaționale*” cu „*ordinea juridică proprie*” se justifică prin diferențele constatate între acestea. Astfel, „ordinea juridică” proprie Comunităților avea ca sursă dreptul convențional adoptat de către state, precum și actele unilaterale, respectiv dreptul derivat (deși erau recunoscute ca izvoare și principiile fundamentale, fiecare având o poziție bine stabilită în ierarhia juridică) iar normele sale se adresează, în principal, persoanelor private. O altă diferență ar fi aceea că soluționarea diferendelor dintre subiectele dreptului comunitar nu este lăsată la latitudinea părților implicate, ca în cazul ordinii juridice internaționale³.

Curtea a statuat că principiile dreptului intern se aplică în măsura în care nu sunt în contradicție cu ordinea juridică comunitară.

Aplicabilitatea directă a dreptului comunitar reprezintă dreptul oricărei persoane a unui stat membru al Uniunii Europene, de a cere judecătorului să i se aplice toate sursele dreptului comunitar european (tratatele, regulamentele, directivele sau deciziile comunitare). Recunoașterea efectului direct înseamnă garantarea statutului juridic al cetățeanului european⁴.

2. Domeniul de aplicare

Curtea a stabilit că, potrivit acestui principiu, dreptul comunitar se integrează direct în dreptul statelor membre, fără să permită statelor să aleagă între *teoriile* dualiste sau moniste, întrucât se impune aplicarea mecanismului, nemaifiind nevoie de măsuri luate pe plan intern pentru aplicarea dreptului comunitar⁵.

Ca urmare a acestei situații, persoanele particulare (fizice sau morale) pot invoca dreptul comunitar în fața autorităților naționale, inclusiv tribunale, atât pentru a li se recunoaște drepturile, cât și pentru a se anula efectul unor acte juridice interne care sunt contrare dreptului comunitar.

În prezent, aplicarea directă a dreptului Uniunii Europene prezintă o serie de particularități în funcție de categoria normelor juridice care sunt invocate, precum și caracterul efectului direct și eventualele excepții care există. Se disting, în acest sens, analize făcute de literatura de specialitate – fie după criteriul forței și condiționărilor efectului direct⁶, fie conform categorisirii surselor dreptului comunitar⁷, deși aceste clasificări nu reușesc să cuprindă toate elementele esențiale care rezultă din aplicarea criteriului respectiv.

Se recunoaște o aplicabilitate directă verticală (invocarea dispozițiilor dreptului Uniunii Europene față de stat și organele sale) și aplicabilitatea orizontală (între persoane private).

³ Philippe Manin, *Les communautés européennes. L'Union Européenne. Droit institutionnel*, Ed. A. Pedone, Paris, 1993. p. 242.

⁴ Fuerea Augustin, *Manualul Uniunii Europene*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2006.

⁵ CJCE – Hot. din 3 aprilie 1968, *Firma Malkerei*, 28/67, 211.

⁶ Philippe Manin, *op. cit.*, pp. 243-256.

⁷ Jean Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 5^e éd., Montchrestien, Paris, 1995, pp. 235-245.

A. Efectul direct necondiționat și complet

Sursele dreptului Uniunii Europene care au acest efect pot fi invocate fără nicio condiție de către orice persoană fizică sau morală, atât pe plan vertical (în litigii cu organele statale), cât și în plan orizontal (în litigii cu alte persoane fizice sau morale). Din această categorie fac parte:

a) *Regulamentele*, care sunt instrumente juridice ale Uniunii Europene specifice pentru aplicabilitatea directă, creând drepturi și obligații pentru toți⁸. Cu privire la acestea, dispozițiile art. 288 alin. (2) TFUE, precizează în mod concret că sunt acte cu aplicare generală, obligatorii în toate elementele sale și direct aplicabile în toate statele membre. Cu toate acestea, uneori poate fi necesar ca, la nivel național, statele membre să adopte unele măsuri pentru crearea cadrului de aplicare a regulamentelor UE, mai ales privind reglementarea unor aspectelor care țin de ordinea juridică internă (*desemnarea de autorități competente, impunerea de sancțiuni etc.*)⁹.

b) *Deciziile*, care sunt adresate persoanelor particulare în anumite domenii (concurență) pot fi surse de drepturi și obligații pentru aceștia, fiind asimilate în aceste cazuri regulamentelor. Decizia este obligatorie în toate elementele sale pentru destinatarii pe care îi indică.

c) *Principiile generale*, care sunt de aplicabilitate directă, întrucât prin gradul lor de generalitate trebuie să fie respectate în toate cazurile și în mod necondiționat.

Curtea a suplinit unele lacune ale reglementărilor comunitare, în vederea evitării cazurilor de denegare de justiție, apelând la principiile generale de drept pentru întemeierea unor soluții¹⁰.

Principiile generale de drept au un conținut mai complex, fiind diferențiate în funcție de apartenența lor la sistemele juridice clasice, la sistemele de drept comune statelor membre, sau la principiile proprii Uniunii Europene.

Principiile generale de drept sunt acele elemente fundamentale, idei cu un grad ridicat de generalitate, ce pot fi regăsite în orice sistem de drept și care călăuzesc, pe o durată de timp relativ îndelungată, atât elaborarea, evoluția și interpretarea, cât și aplicarea normelor de drept¹¹.

Cât privește clasificarea principiilor s-au conturat mai multe opinii. Astfel, s-a considerat¹² că principiile pot fi clasificate în:

- principii rezultate din natura Comunităților/Uniunii Europene;
- principii de drept internațional;
- principii deduse din dreptul statelor membre.

În altă opinie¹³, principiile se clasifică în:

- principii referitoare la repartitia competențelor, la echilibrul instituțional, la alegerea bazei legale;

⁸ Temeiul juridic al aplicării directe al regulamentelor îl constituie disp. art. 288 alin. (2) TFUE.

⁹ <https://www.mae.ro/node/27932>.

¹⁰ CJCE, Hot. „Haecht” – C 48/72 – SA Brasserie de Haecht c. Wilkin-Jansen (privind principiul ceritudinii juridice); C.11/70 (privind principiile de bază ale dreptului comunitar).

¹¹ Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 163; Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996, p. 112, p. 119; Costică Voicu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 100.

¹² P. Manin., *op. cit.*, p. 223.

¹³ J. Boulouis, *op. cit.*, p. 208.

- principii generale ale dreptului din care fac parte principiile inerente ale oricărui sistem juridic organizat;
- principii generale comune sistemelor naționale de drept ale statelor membre (acestea reprezentând categoria cea mai substanțială de principii generale care se sprijină pe dreptul statelor membre);
- principiile deduse din natura Comunităților/Uniunii Europene.

B. Efectul direct condiționat și complet

În această categorie intră instrumentele juridice ale Uniunii Europene care pot să fie invocate în orice litigiu, dar cu îndeplinirea unor condiții în acest scop.

Sunt incluse în această categorie documentele cu caracter convențional, respectiv tratatele de instituire a Comunităților/Uniunii și tratatele internaționale.

Tratatele constitutive

În hotărârea *Van Gend & Loos*, Curtea a statuat că dreptul comunitar izvorât din tratatele constitutive nu are o aplicabilitate directă autonomă. Curtea a formulat două indicații generale, conform cărora sunt direct aplicabile:

- dispozițiile care conferă drepturi și instituie obligații exprese pentru persoane particulare;
- dispozițiile care impun obligații bine stabilite în sarcina statelor membre sau a instituțiilor comunitare.

Dacă sunt îndeplinite aceste condiții, dispozițiile respective sunt direct aplicabile, fără să mai fie nevoie de alte acte de aplicare, de proceduri specifice sau măsuri complementare.

Caracterul autoexecutor al acestora dădea posibilitatea persoanelor particulare să invoce în fața instanțelor naționale direct aceste prevederi.

Sfera de aplicare a acestui efect direct a fost extinsă ulterior de jurisprudența Curții, incluzând pe lângă obligațiile statului de *a nu face* (respectiv de a nu face rezerve care să subordoneze aplicarea tratatelor de vreun act normativ intern, de a nu necesita adoptarea unor dispoziții normative interne de concretizare a prevederilor tratatelor) și obligațiile de *a face* (respectiv de a nu lăsa nicio marjă de apreciere statelor în ceea ce privește îndeplinirea obligațiilor sale), precum și la situațiile în care nu s-au făcut completările necesare prin legea internă (aplicarea principiilor privind nediscriminarea în angajare sau salarizare, chiar dacă legea internă nu le-a preluat)¹⁴.

În cadrul tratatelor constitutive, efectul direct al unor dispoziții coexistă cu absența acestui efect în cadrul altor dispoziții¹⁵. Este cazul dispozițiilor care stabilesc în sarcina statelor obligații cu caracter foarte general¹⁶, precum și în cazul dispozițiilor condiționale sau insuficient precizate¹⁷.

¹⁴ Nicoleta Diaconu, *Dreptul Uniunii Europene – Tratat*, Ed. Lumina Lex, București, 2011, pp. 110-111.

¹⁵ Philippe Manin, *op. cit.*, p. 246.

¹⁶ Obligațiile stabilite în termeni foarte generali se referă la politicile generale, care nu pot fi invocate de particulari ca având efect direct cum ar fi: - ameliorarea condițiilor de viață ale muncitorilor în cadrul politicii sociale; - politica în domeniul taxelor de schimb, stabilită prin dispoziții care nu pot fi invocate de particulari ca având efect direct.

¹⁷ În cazul dispozițiilor condiționale sau insuficient precizate, s-a statuat de către Curte următoarele:

Acordurile internaționale

În ceea ce privește acordurile internaționale, Curtea de decizie a decis că prevederile acestora pot fi invocate în mod direct dacă acestea conțin clauze care conferă drepturi nu numai pentru state, ci și pentru persoane private, sau dacă aplicarea acestor tratate în ordinea juridică internă are la bază dispozițiile clare, care nu necesită alte acte normative interne¹⁸.

C. Efectul direct condiționat și restrâns

Efectul direct condiționat și restrâns presupune ca sursele dreptului Uniunii Europene să îndeplinească anumite cerințe cum ar fi: să respecte un anumit termen de aplicare în ordinea juridică națională; să producă efecte juridice directe între statele membre și particulari; să conțină dispoziții necondiționate etc.

Sunt considerate ca având efect direct, condiționat și restrâns *directivele și deciziile adresate statelor membre*¹⁹.

a) Efectul direct al directivelor constituie condiția absolută pentru ca judecătorul național să-și poată exercita atribuțiile în acest sens.

Curtea a adus argumente de natură principială pentru susținerea aplicabilității directe, conform cărora efectul util al dreptului comunitar presupune cu necesitate ca judecătorii naționali să aplice directivele, iar caracterul obligatoriu al directivelor presupune că particularii pot să le invoce.

Dispozițiile cuprinse în directive pot fi invocate dacă la expirarea termenului de aplicare al acestora nu au fost transpuse în practică sau au fost aplicate greșit. Statele au posibilitatea să stabilească ce măsuri trebuie să fie luate. Deși directivele nu le impun, ele sunt obligate să se conformeze acestor directive, în caz contrar, persoanele particulare pot acționa statele în justiție iar acestea nu pot opune particularilor neîndeplinirea obligațiilor pe care le prescriu directivele²⁰.

În alte cazuri, Curtea a statuat că directivele nu au un efect direct decât dacă din totalitatea prevederilor acestora rezultă că sunt susceptibile să producă efecte juridice directe între statele membre și particulari²¹.

De asemenea, Curtea a stabilit că sunt susceptibile de a produce efecte directe dispozițiile „necondiționate” și suficient precizate²². În cazul în care legea națională de aplicare a directivei nu a fost adoptată, iar termenul pentru implementare a trecut, judecătorul are obligația să aplice, în mod nemijlocit, dispozițiile directivei, dacă acestea sunt suficient de precise.

- în cazul art. 86 CE privind posibilitatea ca unor întreprinderi care gestionează un serviciu public să li se aplice un regim derogatoriu de la regulile generale ale tratatului – că acesta este de strictă interpretare, iar rolul important rămâne judecătorului național;

- în cazul art. 87 și 88 CE privind ajutoarele statale acordate unor întreprinderi, acestea nu au efect direct, incompatibilitatea acestor ajutoare cu Piața Comună nefiind absolută, ci supusă unei notificări din partea Comisiei, sub controlul Curții.

¹⁸ CJCE – Hotărârea 30 septembrie 1987, 12/86, Cauza *Demirel*.

¹⁹ Philippe Manin, *op. cit.*, p. 250-265.

²⁰ *Ibidem*, p. 250.

²¹ CJCE – Hot. din 6 octombrie 1970 Cauza *Grand et Van Duyn* 9/70 Recueil p. 838.

²² CJCE – Hot. din 1 iulie 1993 Cauza *Van Cant* C-154/92.

Această posibilitate a statelor de a alege mijloacele pe care le consideră adecvate pentru îndeplinirea prevederilor directivelor se poate afla în neconcordanță cu acțiunile particularilor care pot să-și valorifice în fața instanțelor naționale drepturile al căror conținut poate fi determinat precis pe baza prevederilor directivelor. Totodată s-a subliniat faptul că directivele nu creează obligații pentru particulari, astfel încât particularii nu pot să le invoce în litigiile dintre ei, iar statul nu poate să le invoce împotriva unor persoane particulare. Acest efect al directivelor rezultă din jurisprudența Curții²³, care a statuat că o directivă nu poate crea obligații pentru un particular și nu poate fi invocată împotriva acestuia.

b) *Deciziile* sunt asimilate directivelor din punctul de vedere al efectului direct, în cazul lor fiind valabile aceleași argumente pentru justificarea aplicabilității acestui principiu, cu excepția faptului că ele nu presupun adoptarea unor reglementări naționale pentru aplicarea lor, fie pentru faptul că ele nu sunt adresate statului, fie pentru că obligațiile pe care le impun nu sunt adresate particularilor.

Curtea a stabilit în cazul deciziilor aceeași jurisprudență ca și în cazul directivelor, deși numărul situațiilor este mult mai mic²⁴.

Există însă și opinii care susțin că acestea nu ar avea efect direct, întrucât tratatele nu menționează în acest sens decât regulamentele, ceea ce presupune, *per a contrario*, că acestora nu le este recunoscut acest efect. Se recunoaște în același timp că raționamentul *per a contrario* nu este determinat, aplicabilitatea directă trebuind să fie precis determinată²⁵. Se mai argumentează că deciziile nefiind de aplicabilitate generală, trebuie să fie notificate, fapt pentru care se consideră că ele impun doar o obligație de rezultat, implicând adoptarea unor reglementări legale naționale, motiv pentru care se apreciază că ele nu ar fi de aplicabilitate directă, eventualele obligații pe care le prescriu trebuind să rezulte din reglementările interne.

3. Consecințele aplicării principiului efectului direct

Principiul aplicabilității directe a dreptului Uniunii Europene are implicații atât asupra statelor membre, cât și asupra persoanelor particulare și a judecătorilor naționali.

- *Statele membre* sunt puse în situația de a nu putea schimba dispozițiile care le sunt adresate, acestea având un caracter obligatoriu pentru respectivele state (evident ținând seama de categoria normelor juridice respective, așa cum au fost ele analizate mai sus).

- *Persoanele particulare* au posibilitatea să invoce oricând în ordinea juridică internă dreptul Uniunii Europene, în condițiile statuate de reglementările respective.

- *Judecătorii naționali* sunt obligați să aplice dreptul Uniunii, însă atunci când judecătorii sunt în fața unei situații care necesită stabilirea competenței pe plan intern, vor aplica dreptul fiecărui stat. În cazul în care judecătorul național solicită un recurs prejudicial, Curtea poate indica acestuia elementele de drept pe baza cărora să rezolve cazul.

Fiecare stat membru este responsabil de punerea în aplicare în cadrul sistemului juridic național, a dreptului comunitar. Aderarea României la Uniunea Europeană

²³ CJCE – Hot din 26 februarie 1986, Cauza *Marshall* 152/84, 736.

²⁴ Philippe Manin, *op. cit.* pp. 240-241.

²⁵ Jean Boulouis, *op. cit.* p. 237.

implică transpunerea în dreptul intern a reglementărilor rezultând din tratatele constitutive sau din legislația secundară a Uniunii Europene.

În cazul în care reglementările unui stat membru nu sunt conforme legislației Uniunii, Comisia Europeană are competența de a notifica statul respectiv să respecte normele încălcate, iar atunci când nu se conformează, se poate adresa Curții de Justiție declanșând „*procedura de infringement*” (*procedura pentru constatarea neîndeplinirii de către un stat a obligațiilor ce decurg din tratatele comunitare*).

Această acțiune în justiție face parte din categoria acțiunilor de plină jurisdicție, având ca scop constatarea faptului că un stat nu și-a îndeplinit obligațiile care îi reveneau în calitate de membru al Uniunii Europene și determinarea acestuia de a se conforma dispozițiilor tratatelor.

Constituind o acțiune care se introduce direct în fața Curții de Justiție, nu reprezintă însă singura procedură care poate fi utilizată în acest scop, întrucât mai există și mijloace de acțiune în fața instanțelor naționale în baza principiului supremației dreptului Uniunii Europene. Spre deosebire însă de aceste posibilități, acțiunea pentru neîndeplinirea obligațiilor are un rol mai important, întrucât nu trebuie să fie condiționată de existența unui interes direct, putând fi introdusă de către Comisie fără invocarea principiului efectului direct al dreptului Uniunii, ci în baza atribuției sale de a veghea la respectarea normelor comunitare de către statele membre.

Orice persoană poate înainta Comisiei Europene o plângere formulată împotriva unui stat membru prin care să denunțe o măsură (legislativă, normativă sau administrativă) sau o practică contrară unei dispoziții sau unui principiu de drept comunitar. Nu trebuie dovedit interesul de a acționa. Totuși, pentru a fi luată în considerare, plângerea trebuie să se refere la o încălcare a dreptului comunitar de către un stat membru, deci nu poate să aibă ca obiect un litigiu de natură privată²⁶.

²⁶ Emilian Ciongaru, *Aplicabilitatea directă a dreptului comunitar european*, Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 4/2010.

TRATATUL DE LA LISABONA – ETAPĂ IMPORTANTĂ ÎN DEZVOLTAREA UNIUNII EUROPENE

Alexandra CHIRIȚĂ*

Abstract:

Along its history, the European Union of today established its directions, means, instruments, and specific methods of action, promoting, elaborating, and applying the regulations enclosed in its normative “acts” named “treaties”. The treaties decreed at the level of the European Union have consecrated, each in its own moment, an analysis and a concrete evaluation of the steps made in the overview of the evolution of the entity, and in equal measure, they have projected the future steps, stages, strategies, perspectives, means of institutional development.

One of these treaties, of a cardinal importance to the evolution of the EU, was constituted by the amendment Treaty for the Treaty concerning the European Union and the Treaty instituting the European Community, signed on the 13th of December 2007 at Lisbon, also known under the name of the Treaty of Lisbon.

The main novel modifications and/or elements provided by this Treaty can be circumscribed to the following important aspects: the reaffirmation or certain principles and other fundamental values on which the European adherence process is based, the reaffirmation and guaranteeing of certain stipulations concerning human rights, the reforming of institutions (the President of the European Union, The European Parliament, The European Union Council, the European Commission), external politics, the facilitation of flexibility and the consolidation of UE actions regarding the area of freedom, security, and justice, granting the status of a unique legal entity to the European Union, the principle of supremacy of the community law, the taking into account of certain interests and specific material elements, the novelties in the domain of decision-making procedures etc.

The perfection and adoption of the Treaty of Lisbon positively ended a rather drawn-out process of political searches and unrest, succeeding in bringing to a common denominator the interests of the member states, which found their aspirations were reflected in the form of the legal instrument signed in December 2007.

Keywords: *European Union, Treaty, European values, fundamental rights, freedom, security, justice, institutional development*

1. *Tratatul de la Lisabona, numit oficial Tratatul de la Lisabona de amendare a Tratatului privind Uniunea Europeană și Tratatului instituind Comunitatea europeană, a fost semnat la 13 decembrie 2007, la summit-ul de la Lisabona (Portugalia). El a intrat în vigoare la data de 1 decembrie 2009. Care a fost contextul care a permis încheierea Tratatului?*

* Profesor, Fundația pentru Dezvoltare Umană – Filiala Ploiești; e_mail: alexchirita30@gmail.com.

2. Procesul de integrare europeană, al cărui obiectiv original a fost asigurarea păcii și prosperității în jumătatea vestică a continentului, s-a bazat multă vreme, pe crearea și aprofundarea unor forme noi de cooperare tehnică și economică. Contextul și voința politică au permis ulterior o evoluție progresivă de la interguvernamental spre integrat, cu dezvoltarea unei dimensiuni politice care să transforme UE într-un actor de primă forță.

Respingerea prin referendum de către Franța și Olanda a Tratatului Constituțional a creat o situație fără precedent în UE.

De ce a fost respins Tratatul Constituțional în cele două țări – confruntate cu o problematică economico-socială internă complexă – ne spune Robert Podolnjak, care admite că s-au strecurat greșeli fundamentale în elaborarea Tratatului Constituțional, iar aceste lacune au dus la dezvoltarea unui paradox, și anume creșterea dezbaterilor constituționale au creat așa-zisul „moment constituțional”, ce nu s-a soldat cu o constituție: ambivalența metodei de ratificare (referendum sau legiferare prin Parlament) a condus la „alegerile dezastruoase ale Franței și Olandei”. Ceea ce a rezultat în urma Convenției Europene – prezidată de Giscard d’Estaing – fusese un Tratat ce nu îndeplinea două condiții *sine qua non* în vederea eficienței: dimensiunea redusă a documentului și limbajul non-tehnic, fapt ce a generat serioase probleme de comprehensiune asupra conținutului propriu-zis al documentului în rândul opiniei publice¹.

Neîncrederea în instituțiile UE a fost unul dintre factorii importanți care au dus la respingerea Tratatului la referendumul francez din 2005. În acest sens, John Erich Fossum admitea că „o constituție trebuie să fie susținută cu succes și de un set de instituții capabile să transpună scopul și valorile în legi [...]. Acestea își vor contribui la deliberarea publică și eficientizarea procesului colectiv de luare a deciziilor prin procedurile de vot”².

Așadar, raportat la nivelul opiniei publice franceze, s-a vorbit de un eșec al *Convenției privind Viitorul Europei*, ce-și propusese să construiască o uniune „mai democratică, mai transparentă și mai eficientă, și să aducă cetățeanul mai aproape de design-ul european și instituțiile europene”³, în instituțiile căreia națiunea franceză încetase să mai creadă din 2005.

Rezultatul negativ al referendumului din 2005⁴ văzut de ziarul *Le Figaro* ca un „eveniment de ruptură” asupra ratificării *Tratatului instituind o Constituție pentru Europa*, desemna un cadru compus dintr-o serie de eșecuri politice interne: politica internă defectuoasă și lipsită de rezultate socio-economice, absența unui spirit comunitar pro-european în interiorul națiunii franceze, neîncrederea statului în beneficiile directe pe care le aduce construcția europeană și în instituțiile Uniunii, imaginea deficitară a UE⁵.

¹ R. Podolnjak, *Explaining the Failure of the European Constitution: A Constitution making Perspective*, Social Studies Research Network, p. 6, p. 7, p. 15.

² J.E. Fossum, *Adieu to Constitutional Elitism?*, în „Arena Working Paper” nr. 10 (accesibil pe www.arena.uio.no, 2006, p. 13).

³ R. Podolnjak, *op. cit.*, p. 18.

⁴ Neil Walker, *After finale? The future of the European Constitutional Idea*, Ed. European University Institute, EUI Working Papers law, nr. 16, 2007.

⁵ Regina Veeters, *The Constitutional Debate Revisited – Patterns of public claims-making in constitutional debates in France and Germany 2001-2005*, Arena Working Paper, nr. 16, 2007.

Cu toate acestea, votul acordat împotriva *Constituției* UE nu a fost acordat constituției europene în sine, deoarece doar 10 dintre cei intervievați s-au declarat împotriva apartenenței Republicii la Uniune⁶.

Respingerea Tratatului Constituțional – în urma votului popular exprimat de națiunea franceză – puneă totodată problema ineficienței (neîncrederii) opiniilor publice – în special a celor franceză și olandeză – în ceea ce privește viabilitatea democrației supranaționale europene⁷.

3. Un pas important în degajarea compromisului realizat l-a reprezentat acordul miniștrilor de externe de la Luxemburg, din 2007, de a renunța la denumirea de Tratat Constituțional, la formula unui Tratat unic, care să înlocuiască tratatele existente, revenindu-se astfel la metoda clasică de amendare a legislației primare a UE.

Acesta este contextul în care șefi de stat sau de guvern din țările membre UE s-au reunit la Bruxelles, în anul 2007, pentru a negocia mandatul unei Conferințe Guvernamentale care să aibă drept rezultat redinamizarea funcționării instituțiilor UE, prin adoptarea unui nou Tratat. Mandatul Conferinței a confirmat abandonarea formei constituționale, stabilind însă că viitorul Tratat de Reformă va prelua principalele inovații ale fostului Tratat Constituțional.

Negocierile pe marginea acestui mandat au fost complicate și s-au concentrat asupra identificării soluțiilor la câteva teme controversate, precum:

- *definirea sistemului de vot cu majoritate calificată în Consiliu* (unde adoptarea procedurii dublei majorități introdusă în Tratatul Constituțional s-a lovit de inflexibilitatea Poloniei);

- *statutul Cartei Drepturilor Fundamentale* (Marea Britanie se opunea ca acest document să devină parte integrantă a viitorului Tratat);

- *introducerea personalității juridice unice a UE* (rezerve Cehia și Marea Britanie);

- *recunoașterea principiului supremației dreptului comunitar* (deși consacrat prin jurisprudența CJCE și a hotărârilor unor Curți Constituționale, existau țări – Polonia, Marea Britanie, Republica Cehă – care doreau ca acest principiu să nu apară în mod explicit în textul Tratatului);

- *trecerea la votul cu majoritate calificată în anumite domenii specifice* (rezerve britanice);

- *introducerea unei referiri specifice în Tratat cu privire la criteriile de aderare la UE* (insistența Olandei în acest sens);

- *delimitarea mai clară a competențelor UE în raport cu statele membre* (solicitarea Cehiei).

Esența soluției de compromis adoptată poate fi circumscrisă celor afirmate de doi actori importanți ai momentului:

Nicolas Sarkozy: „*nu există câștigători, nu există perdanți și Europa s-a pus în mișcare*”;

Tony Blair: „*cel mai important lucru este că acordul obținut ne permite să progresăm în direcția unor lucruri care, în final, sunt mult mai importante*”.

⁶ Jean Claude Piris, *The Constitution for Europe*, Ed. Cambridge University Press, 2006, p. 27.

⁷ Erik Oddvar, John Erik Fossum, *Reconstituting European Democracy*, Arena Working Paper, nr. 1, 2008, p. 3.

4. În 50 de ani, Europa s-a schimbat, la fel ca întreaga lume. Europa secolului XXI trebuie să facă față unor noi provocări⁸: mondializarea economiei, evoluția demografică, schimbările climatice, energia, noile amenințări la adresa securității, crima organizată. Tratatul de la Lisabona reprezintă un nou nivel în procesul continuu de integrare europeană. Statele membre nu mai sunt în măsură să facă față singure tuturor acestor probleme fără frontiere.

Europa trebuie să se modernizeze, să dispună de instrumente eficiente și coerente adaptate nu numai la funcționarea unei Uniuni, ci și la transformările rapide prin care trece lumea de astăzi.

5. Tratatul de la Lisabona (TL) **menține drepturile existente și introduce altele noi**. Astfel, TL:

- garantează libertățile și principiile înscrise în Carta drepturilor fundamentale și conferă dispozițiilor acesteia forță juridică obligatorie (drepturi civile, politice, economice și sociale);

- menține și consolidează cele „patru libertăți”, precum libertatea politică, economică și socială a cetățenilor europeni;

- prevede faptul că UE și statele membre acționează împreună într-un spirit de solidaritate în cazul în care un stat membru este ținta unui atac terorist sau victima unui dezastru sau catastrofă, inclusiv solidaritatea în privința aprovizionării în domeniul energiei⁹;

- garantează aplicarea efectivă a Cartei drepturilor fundamentale¹⁰. Carta grupează drepturile fundamentale în șase principale capitole: demnitate, libertate, egalitate, solidaritate, cetățenie și justiție;

- introduce și alte drepturi suplimentare – care nu apăreau în Convenția Europeană a Drepturilor Omului – precum: protecția datelor cu caracter personal, bioetica și dreptul la o bună administrare. Carta reafirmă măsuri importante vizând eliminarea discriminării pe motiv de sex, rasă și origine etnică;

- introduce un nou drept (care permite exprimarea punctului de vedere cu privire la problematicile europene): prin semnarea unei petiții de către cel puțin un milion de cetățeni provenind din mai multe state membre, Comisia poate fi determinată să facă o **propunere legislativă**;

- subliniază – de asemenea – importanța consultărilor și a dialogului cu asociațiile, societatea civilă, parteneri sociali, bisericile și organizațiile neconfesionale¹¹.

6. La baza UE stau **trei principii democratice**: *egalitatea democratică, democrația reprezentativă și democrația participativă*. În acest sens, TL:

- specifică și consolidează valorile și obiectivele care stau la baza Uniunii;

⁸ Consiliul Uniunii Europene: *Reformarea Europei pentru secolul XXI*, 13 iulie 2007, Bruxelles, IP/07/1044.

⁹ Tiberiu Sava, *Obiectivele și competențele Uniunii Europene consacrate de Tratatul de la Lisabona*, în „Revista Română de Drept Constituțional”, nr. 2/2008, pp. 34-53.

¹⁰ JOUE, C303, anul 50, 14 decembrie 2007.

¹¹ *Ce que change le Traité de Lisbonne-pour le citoyen, le salarié, le consommateur*, Fondation pour l'innovation politique, Quadrige, 2008, pp. 31-33.

– enunță ideea unei Europe mai democratice și mai transparente, în care Parlamentul European și parlamentele naționale se bucură de un rol consolidat, în care cetățenii au mai multe șanse de a fi ascultați și care definește mai clar ce este de făcut la nivel european și național și de către cine;

– ameliorează capacitatea UE de a acționa în diverse domenii de prioritate majoră pentru Uniunea de azi și pentru cetățenii săi, precum **libertatea, securitatea și justiția**.

7. TL separă **valorile europene** de valorile, cutumele și specificul național.

UE trebuie să promoveze țările, valorile lor naționale și binele cetățenilor lor. Chiar dacă spațiul european este deschis pentru cetățenii săi și pentru o piață comună, Uniunea se angajează să respecte frontierele statului, egalitatea dintre țările membre și identitatea lor națională. Țările care fac parte din UE trebuie să-și dezvolte societăți caracterizate de pluralitate, de nondiscriminare, toleranță, dreptate, solidaritate și egalitate între bărbați și femei.

Demnitatea umană, libertatea, democrația, egalitatea, statul de drept sunt valori fundamentale ale UE. Promovarea acestor valori, pacea și bunăstarea popoarelor Uniunii, reprezintă în prezent, principalele obiective ale UE.

8. În privința **reformării instituțiilor UE**, TL:

– consacră **Instituția Președintelui Consiliului Uniunii Europene**, ales pe doi ani și jumătate, cu posibilitatea reînnoirii acestui mandat, ceea ce conferă UE o mai mare continuitate și o viziune politică de perspectivă.

Președintele Consiliului European (CE):

– prezidează și impulsionează lucrările CE;

– asigură pregătirea și continuitatea lucrărilor (CE) în cooperare cu președintele Comisiei și pe baza lucrărilor Consiliului Afacerilor Generale;

– acționează pentru facilitarea coeziunii și a consensului în cadrul CE;

– prezintă Parlamentului European un raport după fiecare reuniune a CE;

– asigură reprezentarea externă a UE și probleme referitoare la politica externă și de securitate comună, fără a aduce atingere atribuțiilor Înalțului Reprezentant al Uniunii pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate, organism creat în locul fostului ministru de externe al UE (prevăzut de fostul Tratat Constituțional);

– reglementează – prin numeroase texte modificatoare – **Instituția Parlamentului European**. Astfel:

– PE exercită, împreună cu Consiliul, funcțiile legislativă și bugetară;

– PE exercită funcții de control politic și consultative, în competența sa fiind și alegerea președintelui Comisiei;

– PE este format din reprezentanții cetățenilor UE, iar numărul lor nu poate depăși 750. Reprezentarea cetățenilor este asigurată în mod proporțional descrescător, cu un prag minim de șase membri pentru fiecare stat membru. Niciunui stat nu i se atribuie mai mult de 96 de locuri.

Protocoloalele 1 și 2 aduc importante precizări și dezvoltări cu privire la **rolul parlamentelor naționale și aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității**.

Primul protocol consacră principiul potrivit căruia **toate proiectele de acte legislative adresate Parlamentului European și Consiliului** se transmit parlamentelor

naționale, care pot elabora un aviz motivat privind conformitatea acestora cu principiul subsidiarității.

Al doilea protocol prevede motivarea tuturor proiectelor de acte legislative în raport cu principiul subsidiarității și proporționalității. În termen de opt săptămâni de la transmiterea unui proiect de act legislativ, orice parlament național sau orice Cameră a unui parlament național poate aduce președinților Parlamentului European, al Consiliului și, respectiv, al Comisiei, un aviz motivat în care să se expună motivele pentru care consideră că proiectul în cauză nu este conform cu principiul subsidiarității. Dacă este cazul, fiecărui parlament național sau fiecărei Camere a unui parlament național îi revine sarcina de a consulta parlamentele regionale cu competențe legislative. Curtea de Justiție a UE (CJUE) este competentă să se pronunțe asupra acțiunilor privind încălcarea principiului subsidiarității de către un act legislativ, formulate de un stat membru sau transmise de acesta conform dispozițiilor de drept intern în numele parlamentului său național sau al unei Camere a acestuia;

- reglementează **Consiliul UE**, format din câte un reprezentant al fiecărui stat membru. Președinția Consiliului este asigurată pe o perioadă de 18 luni de grupuri prestabilite de trei state membre. Aceste grupuri vor fi formate pe baza unei rotații egale a statelor membre, având în vedere diversitatea acestora și echilibrul geografic al Uniunii. Hotărârile Consiliului se adoptă cu majoritate calificată, cu excepția situațiilor în care în tratat s-ar fi prevăzut altfel;

- dispune crearea unui organ de specialitate – **Consiliul Afacerilor Generale** care asigură coerența lucrărilor diferitelor formațiuni ale Consiliului;

- **Consiliul Afacerilor Externe** – organ nou creat – elaborează acțiunea externă a Uniunii în conformitate cu liniile strategice stabilite de Consiliul European și asigură coerența acțiunii Uniunii;

- **reglementează atribuțiile Comisiei Europene**. Aceasta – care are un mandat de 5 ani – promovează interesul general al Uniunii și ia inițiativele corespunzătoare în acest scop.

Comisia:

- veghează la aplicarea tratatelor, precum și a măsurilor adoptate de instituții în temeiul acestora;

- supraveghează aplicarea dreptului UE sub controlul CJUE, execută bugetul și gestionează programele;

- exercită funcții de coordonare, execuție și administrare, în conformitate cu condițiile prevăzute de tratate;

- adoptă inițiativele de programare anuală și multianuală a Uniunii, în vederea încheierii de acorduri interinstituționale.

9. Prevederi importante ale TL sunt consacrate politicii internaționale și acțiunii externe a UE din acest punct de vedere:

- **acțiunea Uniunii pe scena internațională** are la bază principiile care au inspirat crearea, dezvoltarea și extinderea sa și pe care intenționează să le promoveze în lumea întreagă: *democrația, statul de drept, universalitatea și indivizibilitatea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, respectarea demnității umane, principiile legalității și solidarității, precum și respectarea principiilor Cartei ONU și ale dreptului internațional*;

– Uniunea depune toate eforturile pentru a dezvolta relații și a construi parteneriate cu țările terțe, cu organizațiile internaționale, regionale sau globale, care împărtășesc principiile menționate; Uniunea va promova soluții multilaterale pentru problemele comune, în special în cadrul ONU;

– se constată menținerea inovațiilor aduse în materie de politică externă și de securitate comună din Tratatul Constituțional, precum și în cea de apărare, prin preluarea majorității prevederilor în aceste domenii;

– a fost introdusă posibilitatea unei cooperări mai strânse între statele membre interesate în domeniul de securitate și apărare (cooperare structurată permanentă);

– este asigurată vizibilitatea și coerența acțiunii europene în aceste domenii, prin înființarea postului de Înalt Reprezentant al Uniunii pentru politica externă și de securitate, care va prezida Consiliul Relații Externe și va fi, în același timp, unul dintre vicepreședinții Comisiei;

– Înaltul Reprezentant conduce politica externă și de securitate comună a UE; el contribuie prin propuneri la elaborarea acestei politici și o aduce la îndeplinire în calitate de împuternicit al Consiliului; el acționează în mod similar și în ceea ce privește politica de securitate și apărare comună;

10. Codificarea în viitorul Tratat de reformă a politicii de vecinătate a Uniunii – în prezent acesta nefiind specificată ca atare printre politicile Uniunii – face obiectul unui nou articol – 7 a – al cărui prim punct are următorul cuprins: „*Uniunea dezvoltă relații privilegiate cu țările învecinate, în vederea stabilirii unui spațiu de prosperitate și de bună vecinătate, întemeiat pe valorile Uniunii și caracterizat prin relații strânse și pașnice, bazate pe cooperare*”.

11. TL cuprinde o serie de dispoziții care permit **flexibilizarea și consolidarea acțiunii UE** în ceea ce privește spațiul de libertate, securitate și justiție, asigurând răspunsuri cetățenilor europeni în domenii de actualitate, precum migrațiune, luptă împotriva criminalității organizate sau terorismului.

12. Acordarea personalității juridice unice a UE constituie o prevedere nouă a Tratatului. Ideea – care răspunde unei constante revendicări a juriștilor din UE – este reafirmată în Declarația nr. 32 adoptată de Conferință, care confirmă faptul că UE are personalitate juridică, dar aceasta nu o va autoriza în niciun fel să legifereze sau să acționeze în afara competențelor care îi sunt conferite de către statele membre prin tratate.

13. Includerea principiului supremației dreptului comunitar, consacrat în prezent numai pe cale jurisprudențială, este o altă noutate prevăzută de TL. Din jurisprudența Curții de Justiție reiese că supremația dreptului comunitar este un principiu fundamental al dreptului comunitar, principiu inerent naturii specifice a Comunității Europene.

14. TL cuprinde reglementări și în privința **luării în considerație a unor interese și elemente naționale specifice**. Astfel, în cazul în care membrii Consiliului reprezentând

cel puțin trei sferturi din populație sau cel puțin trei sferturi din numărul statelor membre necesare pentru a constitui o minoritate de blocare, anunță opoziția lor la adoptarea unui act de către Consiliu cu majoritate calificată. Consiliul deliberează asupra problemei în cauză. Pe parcursul acestor deliberări, Consiliul va depune toate eforturile pentru a se ajunge, într-un termen rezonabil și fără a aduce atingere limitelor obligatorii de timp stabilite de dreptul Uniunii, la o soluție satisfăcătoare, care să răspundă îngrijorărilor exprimate de membrii Consiliului care au constituit minoritatea de blocaj.

15. Prin dispozițiile TL se stabilesc domeniile de competență exclusivă a Uniunii, domeniile de competență partajată și domeniile de coordonare sau de sprijinire a acțiunii statelor membre.

Categoriile și domeniile de competență ale Uniunii sunt reglementate prin dispozițiile cuprinse în art. 2-6 TFUE.

TL identifică trei categorii de competențe ale UE:

- *competențe exclusive*, transferate în exclusivitate către Uniune;
- *competențe partajate* între Uniune și statele membre;
- *competențe de sprijinire, coordonare și completare* a acțiunii statelor membre.

Delimitarea competențelor Uniunii are la bază **principiul atribuirii**. Exercitarea competențelor Uniunii are la bază **principiile subsidiarității și proporționalității**.

În temeiul **principiului atribuirii**, Uniunea acționează în limitele competențelor ce i-au fost atribuite de către statele membre în vederea atingerii obiectivelor stabilite. Orice altă competență neatribuită Uniunii aparține statelor membre.

În temeiul **principiului subsidiarității**, în domeniile ce nu țin de competența sa exclusivă, Uniunea intervine numai în măsura în care obiectivele acțiunii preconizate, nu pot fi atinse în mod satisfăcător de către statele membre nici la nivel central, nici la nivel regional și local, dar pot fi datorită dimensiunilor și efectelor preconizate, mai bine atinse la nivelul Uniunii.

* *
*

Aprecierile la adresa noului Tratat au fost pozitive, ceea ce denotă valoarea efortului diplomatic desfășurat după reuniunea de la Berlin de diplomațiile tuturor statelor, în special cea germană, franceză și portugheză.

Jose Socrates, președintele Comisiei europene, a declarat că *„Europa a ieșit din criza sa instituțională și este gata să înfrunte sfidările viitoare”*. Ministrul de externe britanic, Gordon Brown, a declarat că *„este timpul pentru Europa să treacă la alte lucruri și să se consacre problemelor care preocupă oamenii: creșterea economică, utilizarea forței de muncă, schimbările climatice și problemele de securitate”*. Fostul președinte al Franței și al Convenției de la Bruxelles, Valéry Giscard d’Estaing, a explicat că *„modificările au rolul evitării unui referendum pentru că există mai multe articole, iar conceptele constituționale au fost eliminate”*.

România a salutat adoptarea Tratatului de la Lisabona, care răspunde pe deplin poziției de principiu a țării noastre și, totodată, politicii manifestată de diplomația română timp de mai bine de trei ani.

Președintele României, de la acea vreme, Traian Băsescu, a salutat faptul că „*Uniunea Europeană are tratat*”, iar ministrul de externe, Adrian Cioroianu, a declarat că acordul de la Lisabona „*este un moment istoric*”.

Perfectarea Tratatului de la Lisabona încheie, în mod fericit, un destul de îndelungat proces de căutări și frământări politice, reușind să aducă la un numitor comun interesele celor 28 de state membre, în prezent, ale Uniunii europene, care își găsesc reflectate interesele și aspirațiile în noua formă a instrumentului juridic ce a fost convenit.

SUPREMAȚIA CONSTITUȚIEI ÎN CONTEXTUL PRINCIPIULUI PRIORITĂȚII DREPTULUI UNIUNII EUROPENE

*Marius ANDREESCU**

Abstract:

The relation between constitutional norms and European Union law is interpreted differently and there are several different doctrinal conceptions and jurisprudential solutions. One school of thought asserts the supremacy of the Constitution in relation with the European Union law, even though they accept the priority of the application of the latter, in its mandatory rules, binding over all other national rules of law, and another school of thought asserts the unconditional priority of all the provisions of European Union law to all national rules of law, including constitutional rules.

There are constitutional jurisdictions in Europe that have shown to have competence to carry out a control of the constitutionality of the European Union law, integrated in the internal legal order, by virtue of the principle of rule of the fundamental law.

In this study we analyze the interference between the principle of priority of European Union law and the principle of the supremacy of the Constitution with regard to the relevant doctrine and jurisprudence in this matter.

Keywords: *The principle of the priority of the European Union law/The principle of the supremacy of Constitution/Mandatory rules of law of the European Union/Control constitutionality of legal acts of the European Union integrated into national law/National law compliance with the European Union law*

I. Relația dintre dreptul național și dreptul Uniunii Europene

Unul dintre cele mai importante elemente definitorii ale Uniunii Europene îl constituie existența unui sistem propriu alcătuit din principii, norme scrise și reguli stabilite de jurisprudență. Prin urmare, este important de a clarifica relațiile dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul național. Rezolvarea acestei probleme se regăsește într-un set de reguli care nu sunt prevăzute explicit în Tratatul constitutiv, dar au fost dezvoltate de Curtea de Justiție prin mai multe decizii, unele dintre ele controversate. Constituțiile statelor membre ale Uniunii Europene cuprind reguli cu valoare de principiu privind raportul dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul național.

În plan practic interferența dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul național apare în special atunci când există contradicții între normele juridice aparținând sistemelor de drept. Desigur, problema relației dintre cele două categorii de norme juridice interesează nu numai într-o astfel de situație, dar și în cazurile în care o instanță de judecată poate aplica o normă a dreptului Uniunii Europene. Unul dintre cele mai importante aspecte ale acestei problematice o constituie raportul dintre supremația Constituției iar pe de altă

* Judecător, lect. univ. dr., – Curtea de Apel Pitești/Universitatea din Pitești; e-mail: andreescu_marius@yahoo.com.

parte principiul priorității dreptului Uniunii Europene, precum și competențele jurisdicției constituționale în materia aplicării și interpretării normelor cuprinse în actele juridice ale Uniunii Europene

Apreciem că această problemă poate fi analizată pe două planuri: 1. relația dintre dreptul intern (altul decât cel constituțional) și dreptul Uniunii Europene; 2. relația dintre normele constituționale ale statelor membre, iar pe de altă parte dreptul Uniunii Europene.

Una dintre cele mai interesante discuții, jurisprudențială și doctrinară, antrenând tribunalele constituționale ale statelor membre al Uniunii Europene, vizează mecanismele de cooperare cu Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, doctrina, dar și legislația internă se referă la principiul priorității sau al supremației, întâietății, preeminenței dreptului Uniunii Europene față de sistemele de drept național.

Raportul dintre normele constituționale și Dreptul Uniunii Europene este interpretat în mod diferit existând mai multe concepții doctrinare. Un curent de gândire afirmă supremația Constituției, inclusiv față de dreptul Uniunii Europene, chiar dacă accepta prioritatea de aplicare a acestuia din urmă, în normele sale obligatorii, față de toate celelalte norme din dreptul intern, iar altul prioritatea de aplicare sistematică și necondiționată a tuturor dispozițiilor din Dreptul Uniunii Europene față de toate normele din dreptul intern, inclusiv față de constituțiile naționale. Unele jurisdicții constituționale europene de tradiție au ajuns, în anumite momente și contexte istorice, la concluzia ca este de competența lor să efectueze controlul constituționalității dreptului Uniunii Europene, integrat în ordinea juridică internă, în virtutea principiului supremației legii fundamentale (spre exemplu, Tribunalul Constituțional din Germania).

Curtea de Justiție a ajuns la dezvoltarea principiului priorității dreptului Uniunii Europene având în vedere regula de drept internațional public conform căreia „O parte nu poate invoca dispozițiile dreptului său intern pentru a justifica neexecutarea unui tratat”. O altă sursă a reprezentat-o dispozițiile art. 10 din Tratatul Comunității Europene, modificat prin Tratatul de la Lisabona Norma cuprinsă în dispozițiile art. 10 a rămas însă nemodificată până în prezent și stabilește obligația statelor membre de a lua toate măsurile necesare pentru a asigura îndeplinirea obligațiilor care rezultă din tratatele și actele instituțiilor Comunității. Aceleași dispoziții impun și obligația negativă a statelor membre de a se abține să ia măsuri care ar pune în pericol realizarea scopurilor Tratatului. Acestea nu sunt singurele reglementări din Tratatul Uniunii Europene care fundamentează principiul priorității dreptului Uniunii Europene față de dreptul național. Dispozițiile art. 3a din Tratatul privind Uniunea Europeană, așa cum au fost modificate prin Tratatul de la Lisabona, instituie în sarcina statelor membre aceleași obligații ca și dispozițiile art. 10 din T.C.

În materie este însă relevantă jurisprudența istorică a Curții de Justiție a Uniunii Europene care marchează o anumită evoluție a afirmării principiului priorității dreptului Uniunii Europene față de dreptul național.

Un moment semnificativ îl reprezintă cauza *Costa c. ENEL*¹. Instanța italiană a înaintat două cereri de interpretare, una Curții Constituționale a Italiei și alta Curții de Justiție a Uniunii Europene Curtea Constituțională a apreciat că TCE nu poate avea o

¹ 6/64 *Costa c. ENEL* (1964) ECR 585.

valoare normativă decât în măsura în care este încorporat în dreptul național printr-o lege. Totodată se admitea că o lege națională poate să deroge de la prevederile Tratatului.

Curtea de Justiție a avut o altă părere exprimată în decizia pronunțată: „Rezultă din aceste considerente că sistemul juridic născut din Tratat, izvor independent de drept, nu poate fi din pricina naturii sale speciale și originale surclasat de către normele juridice interne ori care ar fi forța lor juridică, fără a fi lipsit de caracterul său de drept comunitar și fără ca însuși fundamentul juridic al Comunității să fie pus sub semnul întrebării”.

Un alt moment al evoluției jurisprudenței Curții de Justiție în această materie îl reprezintă cauzele „Internationale H”²; „Simmenthal I”³ și „Simmenthal II”⁴. Pentru tema noastră de cercetare sunt relevante următoarele considerente din decizia pronunțată în cauza Simmenthal II: „ca atare este incompatibilă cu cerințele inerente naturii dreptului comunitar, orice dispoziție a ordinii juridice naționale sau orice practică, legislativă, administrativă sau judiciară, care ar avea drept efect diminuarea eficacității dreptului comunitar prin faptul de a refuza judecătorului competent să îl aplice, competența de a face, în chiar momentul acestei aplicări, tot ceea ce este necesar pentru a înlătura dispozițiile legale naționale care, eventual, ar reprezenta un obstacol în calea deplinei eficacități a normelor comunitare... Prin urmare, răspunsul la prima întrebare este că judecătorul național însărcinat, potrivit competenței sale, să aplice dispozițiile dreptului comunitar, are obligația de a asigura deplina eficacitate a acestor norme, lăsând neaplicată, din oficiu, dacă este necesar, orice dispoziție contrară a legislației naționale, chiar ulterioară, fără a solicita sau a aștepta eliminarea prealabilă a acesteia pe cale legislativă sau prin orice alt procedeu constituțional” (considerentele 22 și 24 ale deciziei).

Mai mult, Curtea a considerat că instanțele naționale au competența de a constrânge și chiar de a sancționa puterea legislativă și puterea executivă cu scopul de a garanta eficiența deplină a principiului priorității dreptului Uniunii Europene față de dreptul național⁵.

Acest principiu trebuie înțeles și din perspectiva regulii obligativității actelor comunitare. *Regulamentul* are aplicabilitate generală și este obligatoriu în toate elementele sale. Spre deosebire *directiva* se adresează unora sau tuturor statelor membre și este obligatorie cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele pe care le folosesc pentru atingerea obiectivelor stabilite. *Decizia* este obligatorie în toate elementele sale pentru destinatarii care îi indică.

Regula aplicării directe ce caracterizează unele dintre actele juridice ale dreptului Uniunii Europene interesează modul de înțelegere și aplicare a principiului priorității dreptului Uniunii Europene. Regulamentele au aplicare directă deoarece nu necesită o transpunere în dreptul național. După cum a indicat curtea în jurisprudența sa, statele membre nu trebuie să adopte legislație națională prin care să preia regulamentele. Prevederile lor pot fi invocate de către persoanele fizice și juridice direct în fața

² 11/70, *Internationale H.*, (1970) ECR 1125.

³ 35/76, *Simmenthal SpA* (1976) ECR 1871.

⁴ 106/77, *Simmenthal* (1978) ECR 629.

⁵ Pentru dezvoltări, a se vedea Ștefan T., Andreșan-Grigoriu B., *Drept comunitar*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 196-202.

instanțelor naționale. Spre deosebire, directiva nu are aplicabilitate directă. Ea trebuie întotdeauna transpusă în sistemul de drept al fiecărui stat membru căruia îi este adresată. Actul normativ intern de transpunere a directivei este cel prin intermediul căruia conținutul directivei va pătrunde în sistemul de drept național.

Principiul priorității dreptului Uniunii Europene față de dreptul național trebuie înțeles și după criteriul posibilității invocării directe a actelor comunitare în fața instanțelor naționale. Sintagma „efect direct” desemnează atributul unui act normativ comunitar de a crea în patrimoniul persoanelor fizice și juridice drepturi pe care acestea le pot invoca direct în fața instanțelor naționale. Fără a intra în amănunte subliniem că în anumite condiții, regulamentele, directivele și deciziile pot avea efect direct⁶.

II. Scurte considerații privind principiul supremației Constituției

Pentru a înțelege raportul dintre cele două principii respectiv supremația Constituției iar pe de altă parte prioritatea dreptului Uniunii Europene sunt utile câteva considerente în legătură cu această calitate a Legii fundamentale de a fi supremă în ordinea de drept, socială și politică internă.

Supremația constituției exprimă poziția supraordonată a legii fundamentale atât în sistemul de drept, cât și în tot sistemul social politic al fiecărei țări. În sens restrâns, fundamentarea științifică a supremației constituției rezultă din forma și conținutul acesteia. Supremația formală este exprimată de forța juridică superioară, de procedurile derogatorii față de dreptul comun privind adoptare și modificarea normelor constituționale, iar supremația materială rezultă din specificul reglementărilor, din conținutul acestora, în special din faptul că, prin constituție, sunt stabilite premise și reguli de organizare, funcționare și atribuții ale autorităților publice.

În legătură cu acest aspect, în literatura de specialitate s-a afirmat că principiul supremației legii fundamentale „Poate fi considerat un percept *sacru*, intangibil (...) ea se află în vârful piramidei tuturor actelor juridice. Și nici nu ar fi posibil altfel: Constituția legitimează puterea, convertind voințele individuale sau colective în voințe de stat; ea conferă autoritate guvernanților, îndreptățindu-le deciziile și garantându-le aplicare; ea determină funcțiile și atribuțiile ce revin autorităților publice, consacrand drepturile și datoriile fundamentale, diriguiește raporturile dintre cetățeni, dintre ei și autoritățile publice; ea indică sensul sau scopul activității statale, adică valorile politice, ideologice și morale sub semnul cărora este organizat și funcționează sistemul politic; constituția reprezintă temeiul fundamental și garanția esențială a ordinii de drept; ea este, în cele din urmă, reperul decisiv pentru aprecierea validității tuturor actelor și faptelor juridice. Sunt, toate acestea, elementele substanțiale care converg spre una și aceeași concluzie: *supremația materială a Constituției*. Dar Constituția este supremă și în sens *formal*. Procedura de adoptare a constituției exteriorizează o forță particulară, specifică și inaccesibilă, care se atașează dispozițiilor ei, așa încât nicio altă lege în afara unei a constituționale nu poate abroga sau modifica dispozițiile așezământului fundamental, dispoziții care se sprijină pe ele însele, postulându-și supremația”⁷.

⁶ Ștefan T., Andreșan-Grigoriu B., *op. cit.*, pp. 214-234.

⁷ Deleanu I., *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București 2006, pp. 221-222.

Conceptul de supremație a constituției nu poate fi însă redus la o semnificație formală și materială. Profesorul Ioan Muraru afirma că: „Supremația constituției este o noțiune complexă în conținutul căreia se cuprind trăsături și elemente (valori) politice și juridice, care exprimă poziția supraordonată a constituției nu numai în sistemul de drept, ci în întregul sistem social-politic al unei țări”⁸. Deci, supremația constituției reprezintă o calitate sau o trăsătură ce situează legea fundamentală în vârful instituțiilor politico-juridice dintr-o societate organizată statal și exprimă poziția supraordonată a acesteia, atât în sistemul de drept, cât și în tot sistemul social politic.

Temeiul juridic al supremației Constituției îl reprezintă dispozițiile art. 1 alin. (5) din Legea fundamentală. Supremația Constituției nu are o dimensiune pur teoretică, în sensul că ar putea fi considerată numai un concept politic, juridic sau, eventual, moral. Datorită consacrării exprese în legea fundamentală, acest principiu are valoare normativă, fiind din punct de vedere formal o normă constituțională. Dimensiunea normativă a supremației constituției implică obligații juridice importante a căror nerespectare poate atrage sancțiuni juridice. Altfel spus, ca principiu constituțional, consacrat normativ, supremația Legii fundamentale este și o obligație constituțională cu multiple semnificații juridice, politice, dar și valorice, pentru toate componentele sistemului social și statal. În acest sens, Cristian Ionescu sublinia: „Strict formal, obligația (de a respecta supremația legii fundamentale – n.n.) se adresează cetățenilor români. În realitate, respectarea Constituției, inclusiv a supremației sale, precum și a legilor, era o obligație cu totul și cu totul generală, ai cărei destinatari erau toate subiectele de drept – persoane fizice și juridice (naționale și internaționale) aflate în raporturi juridice, inclusiv diplomatice, cu statul român”⁹.

Semnificația generală a acestei obligații constituționale se referă la conformitatea întregului drept cu normele constituției. Prin „drept” înțelegem nu numai componenta sistemului normativ, dar și activitatea complexă, instituțională, de interpretare și aplicare a normelor juridice, începând cu cele ale legii fundamentale. „A fost intenția Parlamentului Constituant derivat din 2003 de a marca importanța decisivă a principiului supremației Constituției față de orice alt act normativ. S-a dat un semnal, în deosebi, instituțional public cu rol de guvernare de a respecta cu strictețe Constituția. Respectarea Constituției este inclusă în conceptul general de legalitate, iar termenul de respectare a supremației Constituției impune o ierarhizare piramidală a actelor normative în vârful cărora se află Legea fundamentală”¹⁰.

III. Raportul dintre dreptul uniunii europene și normele constituționale

În mod constant instanțele constituționale din unele state membre cu deosebire Germania, Italia și Franța, au considerat că principiul priorității dreptului Uniunii Europene nu se aplică în relația cu reglementările cuprinse într-o constituție, deoarece legea fundamentală a unui stat exprimă identitatea și suveranitatea națională. Această

⁸ Muraru I., Tănăsescu E.S., *Constituția României – Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 18.

⁹ Ionescu C., *Constituția României. Titlul I. Principii generale art. 1-14. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 48.

¹⁰ Ionescu C., *op. cit* p. 48.

soluție a vizat cu deosebire reglementările privind drepturile și libertățile fundamentale ale omului. Până la data de 1 decembrie 2009, dată la care a intrat în vigoare Tratatul de la Lisabona și Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, dreptul Uniunii Europene nu cuprindea un sistem coerent normativ de garantare a drepturilor fundamentale ale omului. În consecință, instanțele statelor membre au invocat în astfel de situații reglementările constituționale interne.

De altfel, practica instanțelor statelor membre ale Uniunii Europene nu oferă prea multe exemple de conflict între normele dreptului Uniunii Europene iar pe de altă parte reglementările constituționale. Această situație se explică prin aceea că în urma procesului de aderare la Uniunea Europeană statele membre și-au adaptat reglementările constituționale cu caracter de principiu la cerințele specifice dreptului Uniunii Europene și au consacrat într-o formă sau alta principiul priorității acestui sistem de drept față de dreptul intern ori de câte ori există o contradicție între regulile celor două categorii de norme juridice. Desigur, această problemă rămâne deschisă și este departe de a fi rezolvată. Remarcăm că în jurisprudența din ultimii ani a Consiliului Constituțional și a Consiliului de Stat din Franța s-a dezvoltat conceptul de „*identitate națională constituțională*”. Potrivit acestui principiu, instanțele naționale vor aplica întotdeauna normele constituționale interne, dar și regulile înscrise în legislația obișnuită ori de câte ori acestea nu au corespondent în dreptul Uniunii Europene.

Constituția României realizează distincția între principiul supremației legii fundamentale, iar pe de altă parte, principiul priorității dreptului Uniunii Europene față de dreptul național. Astfel, dispozițiile art. 1 alin. (5) din Constituție consacră principiul supremației legii fundamentale: „În România respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”. Acest principiu nu poate fi confundat cu cel al priorității dreptului Uniunii Europene față de reglementările contrare din legile interne consacrat de art. 148 alin. (2) din Constituție. Jurisprudența Curții Constituționale a României reflectă această diferență.

Prin decizia nr. 148 din 16 aprilie 2003 privind constituționalitatea propunerii legislative de revizuire a Constituției României¹¹, instanța noastră constituțională realizează în mod clar distincția dintre supremația Constituției și principiul priorității dreptului Uniunii Europene, afirmând: „Consecința aderării pleacă de la faptul că statele membre ale Uniunii Europene au înțeles să situeze acquisul comunitar, tratatele constitutive ale Uniunii Europene și reglementările derivate din acestea pe o poziție intermediară între Constituție și celelalte legi atunci când este vorba de acte normative europene obligatorii”. În literatura juridică de specialitate, cu referire la dispozițiile art. 148 din Constituție și în conformitate cu decizia nr. 148 din 16 aprilie 2003, s-a precizat: „Prin urmare, se poate afirma că în ordinea juridică internă actul juridic prin care România aderă la Uniunea Europeană are forță juridică inferioară Constituției și legilor constituționale, dar superioară legilor organice și ordinare”¹².

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 317 din 12 mai 2003.

¹² Constantinescu M., Iorgovan A., Muraru I., Elena Simina Tănăsescu E.S., *Constituția României revizuită – comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 331; a se vedea și Muraru I., Tănăsescu E.S. (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole*, pp. 1432-1433.

În jurisprudența sa ulterioară Curtea Constituțională pare să fi renunțat la această deosebire fundamentându-i deciziile numai pe principiul priorității dreptului Uniunii Europene¹³.

Cu toate acestea, prin Decizia nr. 1258 din 8 octombrie 2009¹⁴, pe care o considerăm ca având o importanță istorică în jurisprudența constituțională ulterioară, Curtea constată că o lege internă prin care se transpune în dreptul intern o directivă a Uniunii Europene este neconstituțională. O astfel de soluție, în opinia noastră, consacră principiul supremației Constituției și obligativitatea respectării acesteia în raport cu principiul priorității dreptului Uniunii Europene.

Prin decizia cu numărul de mai sus, instanța constituțională a constatat că dispozițiile Legii nr. 298/2008¹⁵ sunt neconstituționale. Din considerentele deciziei rezultă că Legea nr. 298/2008 a fost adoptată pentru a transpune în planul legislației naționale Directiva 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicație electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice. Curtea se referă la regimul juridic al unor astfel de acte comunitare, subliniind că: „(...) impune obligativitatea sa pentru statele membre ale Uniunii Europene în privința soluției juridice reglementate, nu și în ceea ce privește modalitățile concrete prin care se ajunge la acest rezultat, statele beneficiind de o marjă largă de apreciere în scopul adoptării acestora la specificul legislației și realităților naționale”. Examinând conținutul Legii nr. 298/2008, Curtea a constatat că acest act normativ este de natură să afecteze exercițiul drepturilor sau al libertăților fundamentale, respectiv dreptul la viață intimă, privată și de familie, dreptul la secretul corespondenței și libertatea de exprimare. Instanța constituțională reține că restrângerea exercițiului acestor drepturi nu corespunde cerințelor stabilite de art. 53 din Constituția României. În același sens, a se vedea și decizia nr. 17 din 21 ianuarie 2015¹⁶, prin care instanța noastră constituțională a stabilit neconstituționalitatea legii privind securitatea cibernetică a României.

Pentru tema noastră de cercetare este relevantă Decizia nr. 80 din 16 februarie 2014¹⁷, asupra propunerii legislative privind revizuirea Constituției României. Referitor la interpretarea dispozițiilor art. 148 privind integrarea în Uniunea Europeană, Curtea reține că: „dispozițiile constituționale nu au un caracter declarativ, ci constituie norme constituționale obligatorii, fără de care nu se poate concepe existența statului de drept, prevăzută prin art. 1 alin. (3) din Constituție. Totodată, Legea fundamentală reprezintă cadrul și măsura în care legiuitorul și celelalte autorități pot acționa; astfel, și interpretările care se pot aduce normei juridice trebuie să țină cont de această exigență de ordin constituțional, cuprinse chiar în art. 1 alin. (4) din Legea fundamentală, potrivit căruia în România respectarea Constituției și a supremației sale este obligatorie”.

În opinia instanței noastre constituționale, a considera că dreptul Uniunii Europene se aplică fără nicio diferențiere în cadrul ordinii juridice naționale, nedistingând între

¹³ A se vedea în acest sens: Decizia nr. 308/2006, publicată în M. Of. nr. 390 din 5 mai 2006; Decizia nr. 59/2007, publicată în M. Of. nr. 98 din 8 februarie 2007; Decizia nr. 1042/2007 publicată în M. Of. nr. 12 din 8 februarie 2008 și Decizia nr. 1172/2007 publicată în M. Of. nr. 54 din 23 ianuarie 2008.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 798 din 23 noiembrie 2009.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 780 din 21 noiembrie 2008.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 79 din 30 ianuarie 2015.

¹⁷ Publicată în M. Of. nr. 246 din 7 aprilie 2014.

Constituție și celelalte legi interne, echivalează cu plasarea Legii fundamentale într-un plan secund față de ordinea juridică a Uniunii Europene. Legitimitatea Constituției este însăși voința poporului, ceea ce înseamnă că aceasta nu își poate pierde forța obligatorie, chiar și în ipoteza în care ar exista neconcordanțe între prevederile sale și cele europene. Mai mult decât atât, s-a subliniat faptul că aderarea României la Uniunea Europeană nu poate afecta supremația Constituției asupra întregii ordini juridice interne.

Curtea Constituțională a stabilit că actele obligatorii ale Uniunii Europene sunt norme interpușe în cadrul controlului de constituționalitate¹⁸. Totodată, s-a subliniat lipsa de relevanță constituțională a normei de drept european, interpusă în norme constituționale de referință în cadrul controlului de constituționalitate. În acest caz, este inadmisibilă sesizarea Curții întemeiată pe nerespectarea dispozițiilor art. 148 alin. (4) din Constituție¹⁹. Prin aceeași decizie, Curtea a stabilit că este necesar ca norma juridică a dreptului Uniunii Europene să se circumscrie unui anumit nivel de *relevanță constituțională*, astfel încât conținutul său normativ să susțină posibila încălcare de către legea națională a Constituției – „unica normă directă de referință în cadrul controlului de constituționalitate”. Instanța constituțională a consacrat, la fel ca și Consiliul Constituțional Francez, conceptul de „identitate constituțională națională”, prin care înțelege relevanța supremației constituției ori de câte ori se pune problema conformării legilor interne cu actele Uniunii Europene²⁰.

Un alt aspect analizat în jurisprudența constituțională se referă la aplicarea în cadrul controlului de constituționalitate a Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene. Instanța noastră constituțională a statuat că, în principiu, aceasta este aplicabilă în cadrul controlului de constituționalitate „în măsura în care asigură, garantează și dezvoltă prevederile constituționale în materia drepturilor fundamentale, cu alte cuvinte, în măsura în care nivelul lor de protecție este cel puțin la nivelul normelor constituționale în domeniul dreptului omului”²¹.

Tot în legătură cu aplicarea normelor Uniunii Europene, în ceea ce privește drepturile omului în cadrul controlului de constituționalitate, s-a afirmat că raportarea prevederilor cuprinse într-un act având forța juridică similară tratatelor constitutive ale Uniunii Europene trebuie să se facă la dispozițiile art. 148 din Constituție, și nu la cele cuprinse în art. 20 din Legea fundamentală, care se referă la tratatele internaționale privind drepturile omului, altele decât cele ale Uniunii Europene²². Instanța noastră constituțională a statuat că prevederile art. 41 din Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene, referitoare la dreptul la buna administrare, pot fi invocate prin prisma art. 148, și nu art. 20 din Constituție²³.

De asemenea, în jurisprudența constituțională s-a stabilit că nu este de competența Curții Constituționale să analizeze conformitatea unei dispoziții de drept constituțional cu textul Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene, prin prisma art. 148 din

¹⁸ A se vedea Dec. nr. 668 din 18 mai 2011, publicată în M. Of. nr. 487 din 8 iulie 2011.

¹⁹ A se vedea Dec. nr. 157 din 19 martie 2014, publicată în M. Of. nr. 296 din 23 aprilie 2014.

²⁰ A se vedea în acest sens Dec. nr. 64 din 24 februarie 2015, publicată în M. Of. nr. 286 din 28 aprilie 2015.

²¹ Dec. nr. 871 din 25 iunie 2010, publicată în M. Of. nr. 433 din 28 iunie 2010.

²² A se vedea în acest sens Dec. nr. 967 din 20 noiembrie 2012, publicată în M. Of. nr. 853 din 18 decembrie 2012, și Dec. nr. 206 din 6 martie 2012, publicată în M. Of. nr. 254 din 17 aprilie 2012.

²³ A se vedea Dec. nr. 12 din 22 ianuarie 2013, publicată în M. Of. nr. 114 din 28 februarie 2013.

Constituție. O atare competență, și anume aceea de a stabili dacă există o contrarietate între legea națională și tratat, aparține exclusiv instanței de judecată, care are și posibilitatea de a formula o întrebare preliminară la Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Este interesant faptul că instanța constituțională se consideră incompetentă să verifice conformitatea unei dispoziții de drept național cu textul tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și pentru faptul că, în cazul în care și-ar aroga o astfel de competență, s-ar ajunge la un posibil conflict de jurisdicție între Curtea Constituțională a României și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, ceea ce, la acest nivel, este considerat ca fiind inadmisibil²⁴.

În ceea ce privește cooperarea dintre Curtea Constituțională și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, instanța noastră constituțională a afirmat că rămâne la aprecierea sa, în aplicarea în cadrul controlului de constituționalitate, a hotărârilor Curții de Justiție a Uniunii Europene sau formularea de către Curte de întrebări preliminare în vederea stabilirii conținutului normei europene. „O atare atitudine ține de cooperarea dintre instanța constituțională națională și cea europeană, precum și de dialogul judiciar dintre acestea, fără a se aduce în discuție aspecte ce țin de stabilirea unei ierarhii între aceste instanțe”²⁵.

IV. Unele concluzii

Considerăm că principiul preeminenței sau al priorității dreptului nu este echivalent cu principiul supremației unei reguli de drept deoarece *supremația* este o însușire proprie normelor constituționale interne. În acest sens dispozițiile art. 148 alin. (2) din Constituția României consacră *prioritatea*, și nu *supremația* prevederilor Tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și a celorlalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu față de dispozițiile contrare din legislația internă. Prin urmare, între noțiunile de „prioritate” sau „preeminență” iar pe de altă parte „supremație” există o diferență nu numai terminologică, dar și de natură juridică cu consecințe pentru raportul dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul național.

Susținem că există o diferență de natură juridică între principiul priorității dreptului Uniunii Europene iar pe de altă parte, principiul supremației constituției. Supremația legii fundamentale a unui stat exprimă în esență forța juridică superioară a acesteia față de orice act juridic care produce efecte și se aplică pe teritoriul statului. Consecința principiului supremației unei constituții este conformitatea întregului drept intern cu normele legii fundamentale. A considera că pe teritoriul unui stat, chiar și membru al Uniunii Europene, ar putea produce efecte juridice o normă de drept contrară reglementărilor constituționale interne, înseamnă a limita în mod nepermis suveranitatea statului în cauză cu consecința periclitării ordinii de drept construită pe principiile și normele constituționale.

Din analiza de jurisprudență a instanței noastre constituționale pot fi desprinse unele concluzii teoretice: a) există o deosebire de natură juridică între principiul supremației Constituției și principiul priorității dreptului Uniunii Europene. Primul își are legitimitatea în însăși voința suverană a poporului, care deține și puterea constituantă și

²⁴ A se vedea în acest sens Dec. nr. 1249 din 7 octombrie 2010, publicată în M. Of. nr. 764 din 16 noiembrie 2010, și Dec. nr. 137 din 25 februarie 2010, publicată în M. Of. nr. 182 din 22 martie 2010.

²⁵ A se vedea Dec. nr. 668 din 18 mai 2011, publicată în M. Of. nr. 487 din 8 iulie 2011.

în baza căreia Constituția își exercită forța sa supremă în ordinea de drept național. Principiul priorității dreptului Uniunii Europene este consacrat prin tratate internaționale la care România a aderat în baza principiilor suveranității naționale și de normele constituționale. Prin urmare, acest principiu nu poate fi contrapus supremației Legii fundamentale. b) în cazul aplicării dispozițiilor art. 148 din Constituție, controlul de constituționalitate are în vedere conformitatea legii interne cu normele Constituției, și nu cu normele dreptului Uniunii Europene. În acest sens, Curtea Constituțională a afirmat și dezvoltat conceptul de „identitate constituțională națională”. c) în procedura controlului de constituționalitate, actele Uniunii Europene pot fi invocate numai în măsura în care prezintă un anumit nivel de relevanță constituțională. d) Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene poate fi aplicată în cadrul controlului de constituționalitate, însă cu referire la art. 148 din Constituție, și nu la dispozițiile art. 20 din Legea fundamentală, care se referă la tratate internaționale privind drepturile omului. O astfel de soluție este justă, având în vedere că dispozițiile art. 148 aplicabile dreptului omului au un caracter de normă specială, în raport cu dispozițiile art. 20, ce constituie norma generală. e) instanța constituțională a stabilit că are competența de a adresa întrebări preliminare Curții de Justiție a Uniunii Europene în vederea stabilirii conținutului normei europene, fără însă ca o astfel de procedură să fie obligatorie pentru Curtea Constituțională. Totodată, s-a stabilit că, în raport cu jurisdicția constituțională, aplicarea hotărârilor Curții de Justiție a Uniunii Europene nu este obligatorie.

Considerăm că principiul priorității dreptului Uniunii Europene nu poate să vizeze și normele constituționale. Unul dintre argumente pentru a susține această afirmație rezultă din dispozițiile art. 148 alin. (2) din Constituție. Norma constituțională condiționează respectarea principiului priorității dreptului comunitar de „respectarea prevederilor actului de aderare”. Tratatul de aderare nu poate fi contrar normelor constituționale, deoarece nu ar fi putut fi ratificat de către Parlament. Dispozițiile art. 11 alin. (3) din Constituție sunt edificatoare în acest sens: „în cazul în care un tratat la care România urmează să devină parte cuprinde dispoziții contrare Constituției, ratificarea lui poate avea loc numai după revizuirea Constituției”.

EVOLUȚIA PRINCIPIULUI SUBSIDIARITĂȚII PE FONDUL MODIFICĂRILOR LEGISLATIVE DE LA NIVELUL UNIUNII EUROPENE

*Angelica COBZARU**

Abstract:

Subsidiarity analyzed in this paper, is a general principle that formed the European Union. Under the principle of subsidiarity, in areas that are not strictly within its exclusive competence, the Union shall act only if and insofar as the objectives of the proposed action can not be sufficiently achieved by the Member States either at central level or at regional and local level, but, be better achieved at Union level.

Keywords: *environment, subsidiarity principle*

Preambul

Principiile de drept sunt acele idei conducătoare ale conținutului tuturor normelor juridice. Ele au atât un rol constructiv, cât și un rol valorizator pentru sistemul de drept, în sensul că ele cuprind cerințele obiective ale societății, cerințe cu manifestări specifice în procesul de constituire a dreptului și în procesul de realizare a sa¹.

La nivel european s-a dezvoltat un set de principii generale, care tind să capete tot mai multă importanță, pe fondul intensificării acțiunilor de protecție a mediului din perspectivă durabilă. Este vorba de principiul subsidiarității, principiul corectării cu prioritate la sursă a mediului și principiul integrării cerințelor ecologice în toate politicile europene².

În cadrul principiilor generale de la nivelul Uniunii Europene, principiul subsidiarității joacă un rol important întrucât are menirea de a asigura luarea deciziilor cât mai aproape de cetățean, precum și verificarea permanentă a necesității întreprinderii unor acțiuni la nivelul Uniunii Europene, în conformitate cu posibilitățile existente la nivel național, regional sau local.

La origine, principiul subsidiarității nu a fost consacrat la nivelul dreptului european al mediului. Principiul a fost lansat de Enciclica *Rerum Novarum* din 1891 de către Papa Leo al XIII-lea drept o tendință de articulare a unei mediane dintre excesele „laissez-faire” ale capitalismului și diferitele forme ale totalitarismului, subordonând individul față de stat. Dezvoltarea acestui principiu a fost continuată de către Papa Pius al XI-lea în Enciclica *Quadragesimo Anno* din 1931, precum și de *Economic Justice for All* în cadrul Conferinței Episcopilor Catolici³.

Principiul subsidiarității derivă din principiul catolic social care susține că societatea nu trebuie să intervină în domenii unde familiile pot decide singure. Principiul are o

* Lect. univ. dr., Universitatea Ecologică din București; e-mail: angiecobzaru@gmail.com.

¹ Eugeniu Speranția, *Principii fundamentale de filosofie juridică*, Cluj, 1936, p. 8.

² Pentru detalii, vezi Angelica Cobzaru, *Principiile dreptului european al mediului*, București, Universul Juridic, București, 2012, pp. 250-266.

³ Raportul OECD 2002, „Distributed Public Governance. Independent Public Agencies, Authorities and other Governmental Bodies”, OECD, Paris, 2002.

puternică bază morală, în sensul recunoașterii normelor sociale dominante, ca și a unei forțe practice considerabile, bazându-se pe o anumită concepție despre societate, conform căreia solidaritatea este determinată de proximitatea relațiilor sociale.

Noțiunea de „subsidiaritate” derivă din latinescul „subsidiarius”⁴ și își are originea în gândirea romano-catolică, principiul respectiv statuând că guvernul trebuie să întreprindă numai acele inițiative care sunt în afara posibilităților indivizilor ori grupurilor private care acționează individual.

În cadrul programelor de acțiune consacrate la nivel european, alături de principiul prevenirii, ameliorării, „poluatorul plătește”, al prevenirii, al protecției mediului, a fost enunțat și principiul subsidiarității în politica mediului înconjurător, „în sensul că măsurile de protecție trebuie să fie corespunzătoare tipului de poluare și zonei geografice protejate”⁵.

Principiul subsidiarității a fost enunțat într-o formă incipientă în cadrul primelor două programe generale de acțiune lansate în anii 1973 și 1977. Obiectivele principale ale acestor programe au constat în găsirea unor soluții pentru problemele grave ridicate de poluare. La debutul său, principiul subsidiarității a fost exprimat astfel: „Comunitatea va lua măsuri privitoare la mediu în măsura în care obiectivele de referință pot fi atinse mai bine la nivelul comunității decât la nivelul statelor membre în mod individual”.

Tratatul de la Maastricht din 1992 a abrogat prevederea inițială a sensului principiului subsidiarității și a inserat un nou articol (3b), iar Tratatul de la Amsterdam din 1997 a adăugat la acesta, ca anexă a Tratatului CE, un „Protocol privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității”, unde, în cadrul a 13 puncte detaliate au fost formulate reguli privind autonomia și proporționalitatea.

1. Repartizarea competențelor privind aplicarea principiului subsidiarității

„Principiul subsidiarității este un principiu central al dreptului european supranațional, fiind esențial atât în sistemul protecției europene a drepturilor omului, cât și în cel al dreptului european european”⁶.

Marea întrebare este aceea dacă „*Uniunea poate face orice își dorește?*”. Răspunsul vine din conținutul principiilor consacrate în cadrul acesteia care vin să confirme faptul că, într-adevăr Uniunea Europeană are o serie de atribuții specifice și o anumită putere, însă și statele își păstrează o anumită autonomie.

Astfel, Constituția Europeană consacră următoarele principii⁷:

– principiul conferirii competențelor, conform căruia „Uniunea va acționa în limitele competențelor conferite de către Statele Membre în cadrul Constituției pentru a atinge obiectivele stabilite”;

– principiul subsidiarității care are următorul conținut: „În zonele care nu se află în competența exclusivă a Uniunii va acționa numai dacă și în așa fel încât obiectivele acțiunii intenționate nu pot fi realizate de către Statele Membre, fie la nivel central sau regional și local”.

⁴ Raportul Convențional privind Tratatul asupra Constituției Europene în <http://www.pca.md/files/publications12.doc>.

⁵ Diaconu N., Marcu V., *Drept european: partea specială*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 245.

⁶ Marin Voicu, *Introducere în dreptul european*, Universul Juridic, București, 2007, p. 106.

⁷ <http://www.cpisc.ro/files>.

– principiul proporționalității conform căruia „conținutul și forma acțiunii nu va depăși ceea ce este necesar pentru a realiza obiectivele Constituției”.

Pentru stabilirea competențelor Uniunii Europene și a competențelor statelor membre trebuie să se țină cont de elementele de bază ale construcției europene. Astfel, trebuie avut în vedere faptul că cele trei Comunități sunt organizații internaționale specializate, instituite prin tratate. De aici, rezultă principiul conform căruia ele au competențe care le sunt conferite de către tratatele institutive.

Pe de altă parte, trebuie să se țină seama și de faptul că statele membre ale UE continuă să își păstreze o serie de domenii în care au competențe exclusive

Odată cu modificările aduse de Tratatul de la Lisabona, în Tratatul privind Uniunea Europeană, art. 5 (ex-art. 5 din TCE) face referiri directe privitoare la principiul subsidiarității, stipulând că: „... în domeniile care nu sunt de competența sa exclusivă, Uniunea intervine numai dacă și în măsura în care obiectivele acțiunii preconizate nu pot fi realizate în mod satisfăcător de statele membre nici la nivel central, nici la nivel regional, dar datorită dimensiunilor și efectelor acțiunii preconizate pot fi realizate mai bine la nivelul Uniunii”.

Repartizarea competențelor între UE și statele membre ale acesteia apare ca o problemă deosebit de complexă. Aceste competențe nu sunt reglementate de tratatele europene în mod general, ci în funcție de obiectul de activitate al UE.

Principiul este bazat pe autonomia și demnitatea ființei umane și declară că toate formele societății – de la familie la stat și ordine internațională – trebuie să fie în serviciul acesteia. Subsidiaritatea pornește de la faptul că ființa umană este una socială și accentuează importanța comunităților și instituțiilor mici și medii, precum familia, biserica, asociațiile benevole care împuternicesc acțiuni individuale și leagă individul de societate.

Principiile care guvernează repartizarea competențelor între UE și statele membre sunt prevăzute în Tratatul de la Maastricht: „Comunitatea acționează în limitele competențelor care i-au fost atribuite prin prezentul Tratat. În domeniile care nu țin de competența sa exclusivă, Comunitatea nu intervine, conform principiului subsidiarității, decât dacă și în măsura în care obiectivele activității proiectate nu pot fi realizate de către statele membre într-o manieră satisfăcătoare, însă pot fi realizate mai bine la nivelul Uniunii Europene, datorită dimensiunilor sau a efectelor acțiunii proiectate. Nicio acțiune a Comunității nu va depăși ceea ce este necesar pentru atingerea competențelor prezentului tratat”⁸.

Acțiunile și responsabilitățile eșaloanelor superioare ale societății trebuie văzute ca subsidiare celor ale unităților inferioare. În această perspectivă, intervenția statului apare ca indezirabilă atunci când există alternative disponibile de preferat, mai aproape de cei vizați, justificabile prin apărarea libertății și independenței personale a individului.

De exemplu, în domeniul prestațiilor sociale sunt de preferat cele ale agenților vizați la nivele apropiate individului față de cele generale, universale, la nivel național. Acestea din urmă sunt acceptate doar când o serie de beneficii pentru cei îndreptățiți nu pot fi asigurate prin intermediul altor mijloace.

Principiul subsidiarității are la bază ideea conform căreia competențele trebuie exercitate la un nivel cât mai aproape posibil de cetățeni.

⁸ Conform art. 3B din Tratatul de la Maastricht, 1992.

Principiul subsidiarității este reflectat de cerința de epuizare prealabilă a căilor de atac interne, conform art. 35 pct. 1 din Convenție, precum și de existența unei căi de atac efective în fața unei instanțe naționale.

Consiliul European de la Edinburgh din decembrie 1992 a definit principiile de bază ale conceptului de subsidiaritate și a stabilit liniile orientative pentru interpretarea art. 5 din Tratatul de instituire a Comunității Europene (actualmente art. 5 din TUE). Concluziile sale au fost prezentate într-o Declarație care continuă să constituie piatra de temelie a principiului subsidiarității.

Abordarea globală care derivă din această declarație a fost preluată într-un Protocol privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității care a fost anexat la Tratatul de constituire a Comunității Europene prin Tratatul de la Amsterdam.

Convenția Europeană a Drepturilor Omului încredințează, în primul rând judecătorului național, sarcina de a asigura protecția drepturilor omului și libertăților fundamentale, consacrate de Convenție. Mecanismele de protecție prevăzute de Convenție intervin în subsidiar, statele membre fiind libere și încurajate să asigure protecția prin instituirea unui sistem intern de protecție, pe de o parte, sau prin aplicarea în mod direct a Convenției, pe de altă parte.

În cadrul Conferinței Interguvernamentale lansate în februarie 2000, Comitetul Regiunilor a solicitat modificarea și completarea principiului subsidiarității, astfel încât rolul autorităților locale și regionale să fie recunoscut formal.

În dreptul mediului, semnificația principiului subsidiarității este aceea că, cele mai multe probleme de mediu, pot fi rezolvate mai bine la nivelul Uniunii Europene. Caracterul global al problemelor ecologice impun soluții care depășesc nivelul singular de stat (națiune). Este nevoie, de cele mai multe ori, de soluții la nivelul Uniunii care să rezolve o situație de criză a factorilor de mediu.

Principiul a fost interpretat de către savanți în sens larg și în sens mai restrâns. Astfel, A.G. Toth, bazându-se pe jurisprudența CEJ, Cazul ERTA⁹ în speță, afirmă faptul că „în ceea ce privește competența Comunității (actualmente a Uniunii), aceasta este, în principiu, exclusivă în toate domeniile delegate de către Statele Membre. Deci, nu poate exista o concurență în competențe între Comunitate și Statele Membre, cele din urmă fiind în drept să acționeze numai în limitele strict definite și delegate de către Comunitatea Statelor Membre. Chiar și în cazurile când Comunitatea nu îndeplinește competențele transferate, Statele membre nu se bucură de dreptul la o concurență în competențe. Astfel, A.G. Toth susține că principiul subsidiarității este o continuare, referindu-se la doctrina supremației în calitatea sa de fundament al dreptului european”¹⁰.

La rândul său, J. Steiner interpretează subsidiaritatea în sens restrâns, argumentând prin aceea că UE are competență exclusivă, conform art. 3b CE (actualul art. 5 din TUE), numai în domeniile în care deja a legiuit. Competența Statelor Membre este utilă și se aplică acolo unde împuternicirile au fost exercitate de către Comunitate și nu acolo unde își începe competența.

Diferențele dintre cele două abordări sunt evidente. În comparație cu limbajul Tratatului Unic European, Constituția Europeană este mai explicită și stipulează în cadrul art. 1-11 că limitele competențelor Uniunii au la bază principiul atribuirii. Exercitarea

⁹ C. 22/70, Comisia c. Consiliu, 1971.

¹⁰ Craig P. and De Burca, G., *EU Law. Text, cases and materials*, 2nd ed., Oxford, 1998, p. 125.

competențelor Uniunii are la bază principiile subsidiarității și proporționalității. În temeiul principiului atribuirii, Uniunea acționează în limitele competențelor ce i-au fost atribuite prin Constituție de către Statele Membre în vederea atingerii obiectivelor stabilite de către acesta. Orice altă competență neatribuită Uniunii prin Constituție aparține Statelor Membre.

Instituțiile Uniunii aplică principiul subsidiarității conform Protocolului privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității¹¹, anexat la Constituția Europeană.

Conform Protocolului, fiecare instituție asigură în mod constant respectarea principiilor subsidiarității și a proporționalității. Înainte de a propune un act legislativ, Comisia procedează la consultări ample. Aceste consultări trebuie să țină cont de dimensiunea regională și locală a acțiunilor preconizate. În caz de urgență, Comisia nu mai procedează la aceste consultări. În propunerea sa, Comisia expune motivele deciziei sale.

Comisia trimite atât Parlamentelor naționale ale Statelor Membre, cât și organelor legislative ale Uniunii toate propunerile legislative, precum și propunerile sale modificate. Din momentul adoptării, rezoluțiile legislative ale Parlamentului European și pozițiile Consiliului de Miniștri sunt trimise de către aceștia Parlamentelor naționale ale Statelor Membre.

Comisia își motivează propunerea cu privire la principiile subsidiarității și proporționalității. Orice propunere legislativă trebuie să cuprindă o fișă cu elemente detaliate care să permită formularea unei aprecieri cu privire la respectarea principiilor subsidiarității și proporționalității. Această fișă trebuie să cuprindă și elemente de apreciere a impactului propriu pe plan financiar și, atunci când e vorba de o lege-cadru, a efectelor sale asupra reglementărilor care trebuie puse în aplicare de către Statele Membre, inclusiv, dacă este cazul, asupra legislației regionale.

Motivele care conduc la concluzia că un obiectiv al Uniunii poate fi atins într-un mod mai eficient la nivelul acesteia, trebuie să aibă la bază indicatori de calitate și, în măsura posibilului, de cantitate. Comisia ia în considerare necesitatea de a face posibil ca orice sarcină, de ordin financiar sau administrativ, ce revine Uniunii, guvernelor naționale, autorităților regionale sau locale, agenților economici și cetățenilor să fie cât mai redusă posibil și pe măsura obiectivului urmărit.

Orice Parlament național al unui Stat Membru sau orice Cameră a unui Parlament național poate, în termen de șase săptămâni de la data comunicării propunerii legislative a Comisiei, să adreseze Președinților Parlamentului European, Consiliului de Miniștri și Comisiei, un aviz care să conțină motivele pentru care estimează că propunerea în cauză nu este conformă cu principiul subsidiarității.

Fiecărui Parlament național sau fiecărei Camere a Parlamentului național îi revine sarcina de a consulta, dacă este cazul, Parlamentele regionale cu puteri legislative. Parlamentul European, Consiliul de Miniștri și Comisia țin cont de avizele motivate adresate de către Parlamentele naționale ale statelor membre sau de către o Cameră a acestor Parlamente.

¹¹ *Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității*, <http://www.ier.ro/Proiect%20de%20Tratat520Constitutional.pdf>.

Parlamentele naționale ale Statelor Membre cu un sistem parlamentar monocameral dispun de două voturi, în timp ce fiecare Cameră dintr-un sistem parlamentar bicameral dispune de un vot.

În cazul în care avizele motivate privind nerespectarea principiului subsidiarității de către una dintre propunerile Comisiei ar reprezenta cel puțin o treime din totalul voturilor atribuite Parlamentelor naționale ale Statelor membre și Camerelor Parlamentelor Naționale, Comisia este obligată să își revizuiască propunerea. Acest prag este de cel puțin un sfert atunci când este vorba de o propunere a Comisiei sau o inițiativă a unui grup de State Membre în cadrul dispozițiilor din Constituție cu privire la spațiul de libertate, securitate și justiție¹².

După revizuire, Comisia poate decide dacă să își mențină, să modifice sau să își retragă propunerea motivând decizia.

Curtea de Justiție are competența de a judeca acțiunile introduse pe motiv de încălcare a principiului subsidiarității într-un act legislativ, acțiuni introduse de către Statele Membre celor juridice transmise de către acestea conform ordinii lor juridice, în numele Parlamentului lor național sau a unei Camere a Parlamentului respectiv. Aceste acțiuni pot fi, de asemenea, introduse de către Comitetul Regiunilor, când acestea privesc acte legislative pentru care Constituția prevede consultarea sa.

În fiecare an, Comisia prezintă Consiliului European, Parlamentului European, Consiliului de Miniștri și Parlamentelor naționale un raport cu privire la aplicarea principiului în cauză. Acest raport anual este transmis, de asemenea, Comitetului Regiunilor și Comitetului Economic și Social.

Principiul subsidiarității are o dimensiune juridică și una politică, motiv pentru care la baza consecințelor sale juridice și politice pot sta diferite criterii, cum ar fi:

- criteriul suficienței – acțiunile trebuie să fie necesare, pentru că acțiunile indivizibile ori guvernelor Statelor Membre separat nu vor atinge obiectivul scontat al acțiunii;
- criteriul beneficiului – acțiunea trebuie să aibă o valoare adăugată în comparație cu cele posibile de a fi atinse de către un individ ori guvern al Statului membru.
- criteriul apropierii de cetățean – deciziile trebuie să fie luate la maximum posibil de cetățeni;
- criteriul autonomiei – acțiunea trebuie să asigure libertatea individului.

2. Principiul subsidiarității și Constituția Europeană

Constituția Europeană fiind menită să integreze tratatele existente anterior, nu a dat o definiție clară a subsidiarității, acesta fiind un principiu juridic ori al guvernării administrative sau unul al guvernării publice distribuite, cea din urmă fiind reflectată în agenții publice, autorități și alte organe guvernamentale organizate independent și reglementate prin legi publice ori private speciale¹³.

Faptul că principiul subsidiarității nu a fost clar definit în Constituția Europeană se datorează, probabil, aceluiași motiv invocat și în cadrul Tratatului de la Maastricht.

¹² Burrows, F., *Free Movement*, in „European Community Law”, Oxford University Press, 1987, p. 347.

¹³ Raportul OCDE 2002, „*Distributed Public Governance. Independent Public Agencies, Authorities and other Governmental Bodies*”, OECD, Paris, 2002.

Astfel, s-a evidențiat faptul că Statele Membre ale Uniunii Europene au o abordare diferită a implicațiilor politice ale subsidiarității în dezvoltarea instituțiilor locale.

Totuși, criteriile specificate conduc la ideea certă că modificările operate în domeniul subsidiarității reflectă interesul comun de a supune competența supranațională a Uniunii Europene unei acceptări și legitimități din perspectiva popoarelor Uniunii. Din punct de vedere pozitiv, subsidiaritatea este tangentă agendei politice a Uniunii Europene conform căreia se accentuează asupra guvernării „de jos” și fortificarea instituțiilor democratice naționale¹⁴.

Constituția Europeană, pregătită într-un mod transparent și democratic de către Convenția Europeană care include 72 de reprezentanți direcți aleși din rândul celor 105 membri, prevede o serie de principii care se vor aplica în politica europeană.

Constituția Europeană reprezintă un pas important în construirea Europei. Ea nu înlocuiește constituțiile naționale ale țărilor europene, ci coexistă cu cele naționale și are propria justificare și propria autonomie.

Constituția Europeană oferă garanția respectării anumitor valori comune și un model de societate europeană, libertatea de mișcare a persoanelor, bunurilor, serviciilor și a capitalului precum și libertatea persoanelor de stabilire într-un anumit loc, calitatea de cetățean, un grafic al drepturilor fundamentale care garantează respectul demnității umane.

Uniunea are, de asemenea, competența de a coordona politicile economice și de angajare ale Statelor Membre și de a defini și implementa o politică de protecție, care include o politică comună de apărare. Mai mult decât atât, armonizarea guvernării locale la condițiile Constituției este prerogativa fiecărui Stat Membru, subsidiaritatea fiind o măsură importantă a reducerii deficitului democratic și legitimității.

Tradițiile diferite au un impact de organizare a cadrului instituțional, subsidiaritatea fiind implementată în baza guvernării publice distribuite supranaționale și verticale naționale ascendente pentru crearea unor agenții publice independente și a altor organe guvernamentale.

În acest sens, Franța are 22 de adunări electivă, iar guvernele locale au tins spre fortificarea parteneriatului mutual public – privat cu guvernul central și menținerea statului politic, în timp ce autoritățile democratice au control asupra subsidiarității, asupra agențiilor publice independente. În comparație cu Franța, sistemul englez este bazat pe medierea din partea statului în cadrul subsidiarității agențiilor publice independente.

De asemenea, tradițiile de guvernare ale statelor cristalizează agenda problemelor guvernării democratice atunci când guvernarea publică, distribuită supranațională și verticală națională ascendentă, joacă rolul de generator al deficitului democratic, al legitimității și al raportării în sens de responsabilitate.

Conform Raportului OCDE 2002, multe guverne realizează că administrarea de la distanță a dat naștere unei responsabilități specifice și unor probleme de control democratic, precum și asupra îmbunătățirii guvernării acestor organe. Astfel, OCDE recunoaște că numai în statele europene continentale guvernarea publică distribuită face parte din subsidiaritate.

¹⁴ Bellamy R. And Warleigh A., *Citizenship and governance in the European Union*, London, New York: Continuum, 2001, p. 76.

Filosofia principiului subsidiarității trebuie să fie concepută în context cu modificările majore operate prin TUE pentru atingerea scopului teleologic – crearea Pieței Unice, abolirea frontierelor naționale, declararea cetățeniei Uniunii Europene, Uniunea Monetară și Economică. Un alt factor important de a fi menționat este crearea Comitetului Regiunilor, astfel că principiul subsidiarității este indirect fortificat prin regionalizarea Europei în contextul globalizării.

Tratatul de la Maastricht, precum și Constituția Europeană nu numai că au stabilit atribuțiile Uniunii la nivel supranațional, dar au și cerut de la Statele Membre întreprinderea măsurilor pentru crearea unei guvernări verticale naționale în ascendență.

O imagine asupra dificultăților practice este discuția purtată în Comitetul Economic și Social asupra propunerii pentru Directiva 96/61 privind prevenirea integrată și controlul poluării. Comitetul a discutat pro și contra în ceea ce privește fixarea valorilor-limită de emisie pentru instalațiile industriale și a stabilit: „Principiul subsidiarității, înțeles cum se cuvine, nu este inconsecvent cu stabilirea valorilor-limită la nivelul Uniunii Europene. Nivelul crescut al protecției în comunitate, cerut în Tratatul CE, poate fi atins doar dacă sunt stabilite valori-limită europene”¹⁵.

În realitate, este dificil de stabilit care este nivelul cel mai adecvat de acțiune: cel național sau cel european, și mai ales nu este ușor de stabilit reguli generale pentru a arăta când pot fi mai bine atinse obiectivele politicii privind mediul la nivelul comunității.

În cazul statelor membre cu o politică de mediu activă, acestea consideră că măsurile individuale sunt cele mai adecvate; dimpotrivă, în statele care nu au tradiție sau experiență în rezolvarea problemelor de mediu, soluțiile europene sunt mai agreate.

State membre ca Danemarca, Olanda, Suedia, Austria, Germania, sunt mult mai convinse de necesitatea măsurilor de protecție a mediului decât alte state membre ale UE, cum ar fi: Grecia, Spania, Portugalia sau Italia. În unele state membre, politica de mediu se bazează doar pe transpunerea măsurilor adoptate anterior la nivelul comunității.

Astfel, acțiunea la nivelul Uniunii Europene este de multe ori un mijloc de asigurare că măsurile pentru mediu se iau în toate cele 27 state membre. Dacă s-ar lăsa în grija statelor membre luarea măsurilor, în general vorbind, nu se poate asigura faptul că toate cele 27 state membre vor adopta prevederile europene.

Chiar dacă pun în practică o soluție comună, cu siguranță că vor exista diferențe în ceea ce privește conceptele, conținutul, coordonarea sau sincronizarea. Dezechilibrele apar și în funcție de momentul în care se iau deciziile. Mai mult, nu pot fi discutate în mod serios doar la nivel național probleme de mediu globale de tipul poluării râurilor, a mărilor, a aerului; protecția faunei și a florei; problemele de climă; protecția stratului de ozon; eutrofizarea și managementul produselor care și-au încheiat existența lor folositoare (deșeurile).

Comisia Europeană realizează în fiecare an un raport pe care îl prezintă celorlalte instituții europene. Raportul este intitulat „*O mai bună realizare a legilor*” și se referă la aplicarea principiului subsidiarității.

¹⁵ O parte minoritară dintre membrii Comitetului, în număr de 8, a declarat, în contrast următoarele: „Principiul subsidiarității, înțeles cum se cuvine, este consecvent cu stabilirea valorilor-limită la nivelul statului membru. Nivelul înalt de protecție în comunitate, cerut în Tratatul UE, poate fi atins doar dacă valorile-limită ale statului membru sunt stabilite și aplicate.

Din textul Tratatului rezultă două caracteristici ale principiului subsidiarității care reglementează exercitarea competențelor acordate prin tratat:

- principiul subsidiarității limitează intervenția europeană atunci când problema poate fi satisfăcător rezolvată de către statele membre;
- principiul subsidiarității implică o acțiune europeană atunci când aceasta este necesară datorită dimensiunilor problemelor sau incapacității statelor membre de a o trata în mod eficient¹⁶.

Conform principiului subsidiarității, principalele componente ale seturilor de nivele și servicii, în acord cu funcțiile și scopurile lor, trebuie să se contureze cât mai aproape de cei vizați. Subsidiaritatea este structurată nu numai pe preferința individului față de comunitate, ci și pe favorizarea politicii locale față de cea națională.

Principiul a ajuns la o relevanță deosebită în dezbaterile organizate la nivelul Comunităților Europene, fiind aplicat în reglementările diferitelor activități din domeniul politic, economic, social (problema monetară, protecția consumatorului, activitățile culturale, politica pescuitului, politica socială).

În acest mod, se asigură distribuirea responsabilității între instituțiile Uniunii și statele membre. La nivelul politicii sociale europene, principiul are ca efect limitarea acțiunilor oricărui corp supranațional, deciziile fiind luate la nivelul cel mai de jos posibil.

Convenția privind Viitorul Europei a propus transferul mai multor competențe către UE, și nu a mai puține. Cu toate acestea, va exista și un sistem de „alertare”. Potrivit acestui sistem, Parlamentele naționale pot obiecta față de o propunere a Comisiei UE în termen de șase săptămâni de la publicarea acesteia, în baza încălcării principiului subsidiarității. Astfel, această opinie poate fi luată în considerare. Dacă o treime din Parlamente reacționează în acest interval, Comisia va fi obligată să reanalizeze propunerea, dar nu va fi obligată să o modifice sau să o retragă.

Din rațiuni de încălcare a principiului subsidiarității, Guvernele statelor membre pot aduce un caz la Curtea UE din partea Parlamentelor lor naționale. Aceasta înseamnă că Parlamentele naționale nu pot face acest lucru pe cont propriu.

„Forumul Democrației” din Convenție a propus aprobarea de către Parlamentele naționale a *Catalogului Anual al Legislației UE*, inclusiv cea referitoare la bazele legale pentru acțiunea UE, astfel încât subsidiaritatea să fie organizată de jos în sus, în loc de sus în jos.

Noua Constituție Europeană își propune să înglobeze principiul subsidiarității, însă acesta funcționează doar la nivel vertical, ierarhic. În ceea ce privește nivelul orizontal de luare a deciziilor, care cuprinde și legătura cetățenilor cu instituțiile publice în procesul de luare a deciziilor și de implementare, sistemul ar trebui îmbunătățit prin reducerea birocrăției care este specifică diferitelor tipuri de activități ale vieții sociale.

„Unul dintre punctele cele mai delicate ale construcției europene este, într-adevăr, de a găsi cel mai bun criteriu de repartizare a competențelor între diferitele niveluri de colectivitate – adică între instituțiile europene și cele ale statelor membre și ale regiunilor pe care le compun”¹⁷.

¹⁶ *Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității*, <http://www.ier.ro/Proiect%20de20%Tratat520Constitutional.pdf>.

¹⁷ Wilfried Martens, „*O Europă și cealaltă*”, Ed. Metropol, București, 1995, p. 83; Idee preluată din cadrul articolului intitulat „Principiul subsidiarității în construcția federală a Europei” (discurs pronunțat la Colocviul Unio Democratica de Catalunya (16 octombrie, 1991).

Criteriul este cel al subsidiarității, un concept complex care, într-un prim sens se referă la punerea nivelurilor colectivității zise superioare, în slujba nivelurilor inferioare și de a privilegia comunitatea cea mai restrânsă pentru că ea este mai aproape de oameni și de problemele lor.

Această insistență asupra întâietății colectivităților de bază a fost un exemplu foarte prezent la Părinții Fondatori ai Federației Statelor Unite, în întregime pătrunși de filosofia creștină și de grija pentru persoana umană. Mai târziu s-a regăsit în Enciclica „Quadragesimo Anno” (1931) chiar sub termenul de „subsidiarii officii principium”.

În cel de-al doilea înțeles este vorba de a alege colectivitatea cea mai aptă să rezolve problema care nu este în mod necesar comunitatea de bază. În această perspectivă, colectivitatea, zisă superioară, nu intervine decât cu titlu subsidiar în virtutea principiului exactei adecvări. Cu alte cuvinte, fiecare tip de colectivitate nu primește competențe decât pentru a rezolva chestiuni, care, dată fiind natura și dimensiunile lor, nu se pot rezolva decât la acest nivel.

Acesta este principiul subsidiarității care există în Uniunea Europeană, dar nu este întotdeauna respectat, aplicarea sa depinzând cel mai adesea de autoritățile statelor membre, fără niciun control, fără recurs. Însă, statele membre au tendința să își rezerve atribuirea unor competențe la nivelurile inferioare după bunul lor plac sau după nevoile lor.

Trebuie reținut faptul că unele state membre găsesc dificil, chiar imposibil de conceput și aplicat măsuri care să ofere protecție efectivă pentru mediu în general, ca și pentru faună și floră în particular, întrucât măsurile de protecție a mediului sunt percepute ca o slabă dezvoltare economică. Efectele negative ale dezechilibrului mediului devin în mod normal mai vizibile atunci când dezvoltarea economică este suficient de avansată. Se spune că sărăcia este cel mai mare poluator al mediului.

În Europa de Vest există un element de diviziune economică între Nord și Sud (sau „țările fondului de coeziune”), la care se vor adăuga în curând țările din centrul și estul Europei. În părțile sudice ale comunității, conștientizarea problemelor mediului și promptitudinea în acțiune sunt în mod distinct mai puțin predominante.

În acest sens poate fi exemplificată Directiva Consiliului 85/337 din 25 iunie 1985 privind evaluarea incidentelor unor proiecte publice și private asupra mediului, care supune unele categorii de proiecte unor evaluări privind impactul asupra mediului. Această evaluare trebuie să fie luată în calcul în cadrul procesului de autorizare a anumitor proiecte.

Documentul constituie principalul instrument de luptă împotriva degradării mediului, care asociază cerința luării în considerare a problemei ecologice în procesul de planificare a deciziilor în toate sectoarele de activitate, în special în agricultură, industrie, sectorul energetic, transporturi, turism, dezvoltare regională.

Directiva stabilește două categorii de proiecte: prima categorie, în care sunt incluse activitățile și domeniile care trebuie supuse obligatoriu evaluării din perspectiva incidentelor asupra mediului (este vorba de rafinăriile de petrol brut, instalațiile de gazeificare, centralele termice, instalațiile de combustie cu o putere calorică de la 300 MW în sus, precum și centralele nucleare și alte reactoare radioactive), iar a doua categorie cuprinde proiecte care pot necesita o evaluare a incidentelor asupra mediului

numai dacă statele membre consideră că este necesar (este vorba de sectoarele: agricultură, industrie chimică, manufactură).

Proiectele care sunt susceptibile de a avea incidențe asupra mediului sunt supuse, în mod obligatoriu, unei evaluări preliminare. Același principiu de prevenire a poluărilor pe care le-ar putea produce anumite activități din diferite domenii, se reflectă și în Directiva 82/501 (Directiva Seveso) privind riscurile în caz de accidente majore în cadrul instalațiilor industriale¹⁸.

Prin reglementările sale, Directiva obligă exploatanții să realizeze o analiză a riscurilor ce există în legătură cu funcționarea instalațiilor și să prevadă mijloacele de combatere a unui eventual accident (intitulat studiul de pericol). Această analiză trebuie să figureze printre documentele necesare în cadrul procedurii de autorizare a instalațiilor. Regula prevenirii operează și în domeniul transporturilor transfrontaliere de deșeuri periculoase.

Astfel, pentru a efectua un transport de deșeuri între statele comunității sau între Uniunea Europeană și statele terțe, deținătorii acestora trebuie să notifice administrațiilor specializate ale statelor de tranzit și de destinație unele informații asupra naturii acestora, modalităților de transport, contractului de livrare încheiat cu destinatarul și modul de eliminare, precizându-se expres că deșeurile vor fi neutralizate în țara de primire fără a pune în pericol calitatea mediului. Transportul nu poate avea loc decât prin prezentarea confirmării de primire a acestor notificări¹⁹.

Lansarea pe piață de noi substanțe chimice este subordonată unor notificări prealabile care să indice caracteristicile acestora pe care le prezintă pentru mediu. În afară de aceste aplicări directe ale principiului prevenirii, reglementările europene obligă statele membre să elaboreze planuri de asanare (aer, apă) și să desemneze zone de protecție (a aerului, naturii) și să pregătească planuri privind eliminarea etc.

Cel mai recent document în care a fost consacrat principiul subsidiarității este *Tratatul de la Lisabona*²⁰, care modifică Tratatul de constituire ale Uniunii Europene și abrogă art. 5 din Tratatul CE, înscriind principiul subsidiarității în art. 5 din Tratatul UE.

Tratatul de la Lisabona stabilește noile instrumente juridice necesare pentru a face față provocărilor prezente și viitoare. Parlamentul European și parlamentele naționale vor avea un rol mai consolidat, cetățenii se vor bucura de o participare mai activă la politica europeană prin instituirea inițiativei cetățenilor.

Parlamentelor naționale li se dă posibilitatea unei implicări mai serioase în cadrul activităților Uniunii Europene datorită unui mecanism care le permite să se asigure că aceasta intervine numai atunci când se pot obține rezultate mai bune la nivelul Uniunii Europene.

Prin această prevedere se întărește conținutul principiului subsidiarității accentuându-i-se importanța și rolul în rezolvarea unor probleme, inclusiv a celor care vizează mediul.

¹⁸ Directiva Consiliului 82/501 din 24 iunie 1982 privind riscurile de accidente majore ale unei activități industriale, JOCE, L, 230 din 5 august 1982, p. 1.

¹⁹ Directiva Consiliului Europei 84/631 din 6 decembrie 1984 privind supravegherea și controlul în cadrul comunității, al transporturilor transfrontaliere de deșeuri periculoase, JOCE, L, 326 din 13 decembrie 1984, p. 31.

²⁰ Tratatul a intrat în vigoare la data de 1 decembrie 2009.

Principiul subsidiarității trebuie aplicat în domeniile prioritare ale Uniunii de azi, cum ar fi cele privind politica energetică, sănătatea publică, schimbările climatice. Tratatul de la Lisabona promovează valorile Uniunii prevăzând noi mecanisme de solidaritate inter și intra generații pentru o mai bună protecție a cetățenilor europeni.

Concluzii

Alături de celelalte principii generale exprimate la nivelul Uniunii Europene, principiul subsidiarității este unul dintre principiile aflate în plină expansiune. Conform acestui principiu, statele membre ale Uniunii Europene au posibilitatea de a alege, în funcție de specificul problemei de mediu care trebuie rezolvată, nivelul de acțiune cel mai adecvat: nivelul național sau nivelul european. Conform noilor prevederi ale Tratatului de la Lisabona, există câteva domenii prioritare în care principiul trebuie aplicat, cu precădere: politica energetică, sănătatea publică schimbările climatice. În acest moment, exceptând domeniile prioritare menționate anterior, în alte domenii care au legătură directă cu problematica privind protecția mediului, nu a fost evidențiată o unitate de aplicare a principiului subsidiarității, aceasta fiind până la urma esența principiului, și anume: posibilitatea statelor membre de a opta pentru una dintre cele două variante – respectiv – nivelul național de acțiune sau nivelul european de soluționare a problemei.

Din decembrie 2009, odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, s-a intrat într-o nouă etapă în procesul de creare a unei uniuni tot mai profunde între popoarele Europei, menită să acționeze pentru dezvoltarea durabilă a Europei, întemeiată pe o creștere economică echilibrată, pe o economie socială de piață cu grad ridicat de competitivitate, care tinde spre un nivel înalt de protecție și îmbunătățire a calității mediului.

MODIFICĂRI LEGISLATIVE ESENȚIALE ADOPTATE DUPĂ ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ

*Augustin FUEREA**

Abstract:

The development and adoption of primary or secondary norms of European Union law represent true, intrinsic consequences of developments or, respectively, expectations recorded at EU level, either qualitatively or quantitatively. From such a perspective the steps we are witnessing, including those of legislative nature, must be known, understood, and accepted. Our approach considers the fundamental legal basis offered by the Romanian Constitution, republished version, but also relevant aspects found in the Civil Code, the Civil Procedure Code, Penal Code, and Criminal Procedure Code, to which we add the Insolvency Law.

Keywords: *EU accession; Romanian Constitution; Civil Code; Civil Procedure Code; Penal Code; Criminal Procedure Code; Insolvency Law*

Analizând retrospectiv¹, observăm faptul că temeiul legal, fundamental al modificărilor esențiale adoptate după dobândirea, de către România, a statutului de stat membru al Uniunii Europene, ca urmare a aderării din anul 2007², îl reprezintă, într-o mai mică măsură, Constituția din anul 1991 și, într-o măsură covârșitoare, Constituția republicată, din anul 2003.

Constituția din anul 1991, la art. 11, consfințește conduita țării noastre în plan internațional, garantând faptul că „statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce-i revin din tratatele la care este parte”³. Prin cel de-al doilea alineat al aceluiași articol se conferă tratatelor, la care România devine parte, forță juridică similară legilor din dreptul intern⁴, bineînțeles, după ce au parcurs etapa procedurală internă a ratificării, în cadrul legislativului.

Raportându-ne la valorile fundamentale proprii statelor Europei Occidentale, și nu numai, încă de la nivelul anilor 1990, în materia drepturilor omului, privite în ansamblul evoluțiilor înregistrate în plan internațional, aceeași Constituție, la art. 20 alin. (1) și (2) conferă măsura așteptărilor cetățenilor români, în sensul că „dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte”⁵. Anticipându-se posibilitatea sau chiar, pentru început, inevitabilitatea apariției unor neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la

* Prof. univ. dr., Universitatea „Nicolae Titulescu” din București; Cercetător asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: augustinfuerea@yahoo.com.

¹ La 10 ani de la aderarea României la Uniunea Europeană și la 60 de ani de la semnarea tratatelor de la Roma, la 25 martie 1957.

² La 1 ianuarie.

³ Alin. (1).

⁴ Art. 11 alin. (2): „Tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern”.

⁵ Art. 20 alin. (1).

drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, la cel de-al doilea alineat al art. 20, se prevede că „au prioritate reglementările internaționale”.

În timp, dată fiind exprimarea fără echivoc a opțiunii privind dobândirea, de către România, a statutului de stat membru al unor organizații internaționale, regionale, și nu numai (Consiliul Europei, NATO și Comunitățile Europene/Uniunea Europeană) a fost des constatată situația existenței unor norme (în special, în cadrul NATO și al Comunităților Europene/Uniunea Europeană) care depășeau, în conținut, limitele, juridicește vorbind ale cadrului general constituțional. Acesta a fost, între altele, și motivul pentru care ideea revizuirii Constituției, prin referendum, s-a și materializat în anul 2003. Analizând conținutul Constituției republicată în anul 2003, din punctul de vedere al prezenței țării noastre în cadrul societății internaționale, constatăm apariția unor modificări cantitative (numărul de articole special destinate acestor raporturi), dar, mai ales, calitative.

Art. 11 al Constituției republicate, de exemplu, nu mai cunoaște existența a numai două alineate, ci a trei alineate. Se adaugă cel de-al treilea alineat, prin intermediul căruia se învederează, luând în considerare iminența aderării la NATO și la UE, faptul că, „în cazul în care un tratat la care România urmează să devină parte cuprinde dispoziții contrare Constituției, ratificarea lui poate avea loc numai după revizuirea Constituției”. Explicația introducerii alin. (3) al art. 11 rezidă în faptul că această prevedere „este consecința logică a principiului supremației Constituției”⁶.

Modificări substanțiale au intervenit și în cadrul art. 20 alin. (2), în sensul introducerii unei excepții de la aplicarea cu prioritate a reglementărilor internaționale în cazul în care există neconcordanțe între acestea, în materia drepturilor fundamentale ale omului, și legile interne. Excepția vizează cazul în care „Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile”, ceea ce nu poate fi exclus, dacă luăm în considerare diferențele, inclusiv de natură culturală, tradițională, existente între statele care devin părți la astfel de instrumente de drept internațional.

Anticipând, așa cum precizam anterior, aderarea la Comunitățile Europene/Uniunea Europeană, prin legea de revizuire a fost introdus art. 35¹, intitulat „Dreptul de a fi ales în Parlamentul European”⁷. Potrivit acestui articol, „în condițiile aderării României la Uniunea Europeană”⁸, cetățenii români au dreptul de a alege și de a fi aleși în Parlamentul European”. Este o prevedere sub condiție, adică numai dacă această opțiune s-ar fi materializat. Certitudinea a fost atât de mare, încât varianta includerii acestei prevederi în Constituție a fost inevitabilă. Asistăm la „extinderea drepturilor electorale pe care le au cetățenii români și la alegerile pentru Parlamentul European”⁹.

Edificator pentru demersul nostru este și art. 44 (fostul art. 41) din Constituția republicată, denumit „Dreptul de proprietate privată” (anterior era denumit „Protecția proprietății private”). Cel de-al doilea alineat al fostului art. 41, devenit art. 44, a fost modificat și completat. Sunt modificări și completări substanțiale, dacă analizăm

⁶ Mihai Constantinescu, Ioan Muraru, Antonie Iorgovan, *Revizuirea Constituției României. Explicații și comentarii*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 12.

⁷ În urma republicării Constituției, art. 35¹ a devenit art. 38.

⁸ A se înțelege și Comunitățile Europene.

⁹ Mihai Constantinescu, Ioan Muraru, Antonie Iorgovan, *op. cit.*, p. 31.

conținutul actual al celui de-al doilea alineat, raportat la cel anterior¹⁰ (relevante pentru statutul României de stat membru al Comunităților Europene/Uniunii Europene). Dacă în reglementarea anterioară proprietatea privată era numai „ocrotită”, în mod egal, de lege, indiferent de titular, cetățenii străini și apatrizii neavând posibilitatea de a dobândi dreptul de proprietate privată asupra terenurilor, în actuala redactare se adaugă faptul că aceasta este și „garantată” (prin mecanisme, instituții special înființate, în acest sens) în deplin acord cu normele similare existente, la acea vreme, în statele membre ale Uniunii Europene, și nu numai. Continuarea alineatului mai sus precizat este de natură să se constituie într-un veritabil temei legal fundamental, ca și în cazul art. 11 și 20, al numeroaselor modificări esențiale intervenite după aderarea țării noastre la Uniunea Europeană, după cum urmează: „Cetățenii străini și apatrizii pot dobândi dreptul de proprietate privată asupra terenurilor numai în condițiile rezultate din aderarea României la Uniunea Europeană și din alte tratate internaționale la care România este parte, pe bază de reciprocitate, în condițiile prevăzute prin lege organică¹¹, precum și prin moștenire legală”.

Art. 137 alin. (2) cunoaște, de asemenea, o completare (teza a II-a), de actualitate, referindu-se la faptul că, „în condițiile aderării la Uniunea Europeană, prin lege organică, se poate recunoaște circulația și înlocuirea monedei naționale cu cea a Uniunii Europene”, aspect care, după ce condițiile de natură economică vor fi îndeplinite (criteriile de convergență) poate conduce la înlocuirea monedei naționale cu cea a Uniunii Europene.

Vârful de lance al prevederilor constituționale pe care se bazează toate evoluțiile intervenite, în materie legislativă, anterior, dar, mai ales, după aderarea la Uniunea Europeană, îl constituie Titlul VI „Integrarea¹² euroatlantică”, ce reunește două articole, astfel: art. 148 „Integrarea în Uniunea Europeană”¹³ (5 alineate) și art. 149 „Aderarea la Tratatul Atlanticului de Nord”¹⁴ (un alineat).

¹⁰ Art. 41 alin. (2) din Constituția României din anul 1991: „Proprietatea privată este ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular. Cetățenii străini și apatrizii nu pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor”.

¹¹ A se vedea, în acest sens, Legea nr. 312/2015 privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine, publicată în M. Of. nr. 1008 din 14 noiembrie 2005.

¹² Integrarea vizează finalitatea, încă dificil de anticipat, deoarece la 1 ianuarie 2007 s-a realizat numai aderarea la Uniunea Europeană.

¹³ Art. 148: „(1) Aderarea României la tratatele constitutive ale Uniunii Europene, în scopul transferării unor atribuții către instituțiile comunitare, precum și al exercitării în comun cu celelalte state membre a competențelor prevăzute în aceste tratate, se face prin lege adoptată în ședința comună a Camerei Deputaților și Senatului, cu o majoritate de două treimi din numărul deputaților și senatorilor.

(2) Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare.

(3) Prevederile alin. (1) și (2) se aplică, în mod corespunzător, și pentru aderarea la actele de revizuire a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene.

(4) Parlamentul, Președintele României, Guvernul și autoritatea judecătorească garantează aducerea la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul aderării și din prevederile alin. (2).

(5) Guvernul transmite celor două Camere ale Parlamentului proiectele actelor cu caracter obligatoriu înainte ca acestea să fie supuse aprobării instituțiilor Uniunii Europene”.

¹⁴ Art. 149: „Aderarea României la Tratatul Atlanticului de Nord se face prin lege adoptată în ședința comună a Camerei Deputaților și Senatului, cu o majoritate de două treimi din numărul deputaților și

Art. 148 reține atenția din mai multe puncte de vedere. **a)** În primul rând, este vorba despre responsabilitățile stabilite, responsabilități care vizează cel mai înalt nivel cu putință în stat, fiind evidențiate la alin. (4), adică Parlamentul, Președintele României, Guvernul și autoritatea judecătorească. **b)** În cel de-al doilea rând, este vorba despre substanța statutului de stat membru al Uniunii Europene (alin. (2)) rezultată din aderare, substanță dată de aplicarea dreptului comunitar/Uniunii Europene cu prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare. Aici se cuvin a fi făcute două precizări. Prima precizare se referă la aspecte corelative ale alin. (2) cu cele ale alin. (4), în sensul că aplicarea, cu prioritate, a obligațiilor rezultate din actul aderării¹⁵ este garantată de cele trei puteri (legislativă, executivă și judecătorească) mai sus amintite. A doua precizare are în vedere sintagma „potrivit prevederilor actului de aderare” și se referă la perioadele de tranziție negociate cu prilejul încheierii tratatului, unele dintre acestea împlinindu-se, altele fiind în curs¹⁶. **c)** Cel de-al treilea aspect este dat de scopul urmărit de aderarea României la tratatele constitutive ale Uniunii Europene, și anume acela de a transfera unele atribuții (nu suveranitatea!) către instituțiile comunitare/UE, precum și al exercitării în comun cu celelalte state membre a competențelor prevăzute în aceste tratate¹⁷. **d)** În ultimul rând rețin atenția acele chestiuni de ordin procedural pe care le întâlnim în alin. (1), (3) și (5). Potrivit alin. (1), „aderarea României la Tratatul constitutive ale Uniunii Europene (...), se face prin lege adoptată în ședință comună a Camerei Deputaților și Senatului, cu o majoritate de două treimi din numărul deputaților și senatorilor”. Alin. (3) precizează că „prevederile alin. (1) și (2) se aplică, în mod corespunzător, și pentru aderarea la actele de revizuire a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene”. Ultimul alineat – alin. (5) – vine în același sens, procedural, al mecanismelor instituite prin Legea fundamentală edificând etapele urmate: „Guvernul transmite celor două Camere ale Parlamentului proiectele actelor cu caracter obligatoriu înainte ca acestea să fie supuse aprobării instituțiilor Uniunii Europene” (inițiativa legislativă¹⁸).

Art. 149 „Aderarea la Tratatul Atlanticului de Nord” prevede numai mecanismul procedural urmat în plan intern făcând trimitere, similar art. 148 alin. (1), la faptul că aderarea României la tratat „se face prin lege adoptată în ședință comună a Camerei Deputaților și Senatului cu o majoritate de două treimi din numărul deputaților și senatorilor”.

senatorilor”. De menționat este diferența dintre cele două articole. Art. 148 se referă la integrarea în cadrul unei entități de drept internațional (Uniunea Europeană), care, la acea etapă nu era subiect de drept internațional, neavând personalitate juridică, decât după Tratatul de la Lisabona (2007/2009), potrivit art. 47 din Tratatul privind Uniunea Europeană. Art. 149 consacră aderarea la un instrument de drept internațional (Tratatul Atlanticului de Nord) în temeiul căruia a fost înființată Organizației Tratatului Atlanticului de Nord (a se vedea Raluca Miga Beștelui, *Drept internațional public*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 209-210 – Condițiile apariției și obiectivele originare ale NATO).

¹⁵ Tratatul de aderare, ratificat prin Legea nr. 157/2005.

¹⁶ De exemplu, în materie de mediu.

¹⁷ A se vedea, Augustin Fuerea, *Dreptul Uniunii Europene – principii, acțiuni, libertăți*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 26-37; Augustina Dumitrașcu, Roxana-Mariana Popescu, *Dreptul Uniunii Europene. Sinteze și aplicații*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, pp. 158-163.

¹⁸ Principiul subsidiarității.

„Pe plan constituțional, integrarea presupune instituirea temeiurilor constituționale”¹⁹, iar „aderarea la NATO corespunde unui interes major al țării legat de asigurarea securității sale”²⁰.

Toate cele de mai sus, incluse în Legea fundamentală, se constituie în tot atâtea temeiuri pentru modificările legislative esențiale intervenite în România după aderarea la Uniunea Europeană. Asupra unora dintre aceste modificări legislative esențiale ne vom concentra atenția, în continuarea demersului nostru.

Extrem de importantă este, pentru teoreticienii, dar, mai ales pentru practicienii domeniului, juriști sau alte categorii socio-profesionale, modificarea cunoscută, chiar și după trecerea a peste 5 ani de la intrarea în vigoare, sub denumirea de „Noul Cod Civil”²¹. Vom analiza, cu titlu de exemplu, numai câteva reglementări pe care le conține acesta. Prima reglementare, care ne reține atenția, în Cartea I, Titlul I, Capitolul I („Dispoziții generale”) este dată de prevederile art. 4 alin. (1) și (2) care cad sub incidența „aplicării prioritare a tratatelor internaționale privind drepturile omului”, acestea nu fac altceva decât să transpună prevederile Constituției României, republicate, art. 20 alin. (1) și (2), de data aceasta particularizând la conținutul Codului Civil, după cum urmează: art. 4 alin. (1) „În materiile reglementate de prezentul cod, dispozițiile privind drepturile și libertățile persoanelor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Constituția, Declarația Universală a Drepturilor Omului, pactele și celelalte tratate la care România este parte”; art. 4 alin. (2) „Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și prezentul cod, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care prezentul cod conține dispoziții mai favorabile”.

Relevant, pentru statutul României de stat membru al Uniunii Europene, este cel de-al cincilea articol al Codului Civil care precizează, cu o claritate ce nu poate face obiectul niciunei interpretări echivoce, faptul că „în materiile reglementate de prezentul Cod, normele dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau statutul părților”. Ultima parte a tezei din articolul analizat, „indiferent de calitatea sau statutul părților”, vizează obligația de a aplica, „în mod prioritar”, „normele dreptului Uniunii Europene”, inclusiv pentru stat, ca subiect de drept internațional sau ca subiect de drept intern (ca persoană juridică în raporturile de drept privat, în sensul larg al cuvântului), prin aceasta înțelegând acțiunea tuturor autorităților publice, centrale și locale, care au rolul de a reprezenta statul (legislativă, executivă, judecătorească). Nu întâmplător, la nivelul Uniunii Europene (prin TFUE, art. 258 și următoarele) a fost instituită procedura de *infringement*²² pentru situațiile în care un stat membru „a încălcat oricare dintre obligațiile care îi revin în temeiul Tratatelor”.

Art. 27 C. civ., referitor la cetățenii străini și apatrizi, din punctul de vedere al drepturilor și libertăților civile, vine în consens cu legislația Uniunii Europene (Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene), și nu numai. În același sens, sunt enunțate

¹⁹ Mihai Constantinescu, Ioan Muraru, Antonie Iorgovan, *op. cit.*, p. 132.

²⁰ *Ibidem*, p. 133.

²¹ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.

²² Sean van Raepenbusch, *Drept instituțional al Uniunii Europene*, Ed. Rosetti, București, 2014, pp. 464-481.

și limitele privind respectul vieții private și al demnității persoanei umane care, la art. 75 alin. (1) și (2) C. civ. trimit la convențiile și pactele internaționale la care România este parte.

În Capitolul al II-lea (al Titlului II „Încheierea căsătoriei”, Cartea a II-a „Despre familie”), art. 277 („Interzicerea sau echivalarea unor forme de conviețuire cu căsătoria”), la alin. (4), face trimitere la faptul că „dispozițiile legale privind libera circulație pe teritoriul României a cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și Spațiului Economic European rămân aplicabile „chiar în condițiile interdicțiilor, respectiv ale nerecunoașterilor instituite prin alin. (1)-(3) ale aceluiași articol”.

Cartea a VII-a („Dispoziții de drept internațional privat”), începând din Titlul I („Dispoziții generale”), primul articol (art. 2.557 – „Obiectul reglementării”), la alineatul al treilea, este mai mult decât relevantă, din punctul de vedere al cercetării noastre, în sensul că „dispozițiile prezentei cărți sunt aplicabile în măsura în care convențiile internaționale la care România este parte, dreptul Uniunii Europene sau dispozițiile din legile speciale nu stabilesc o altă reglementare”. Se face aplicarea, și în materia raporturilor cu element de extraneitate, a prevederilor art. 4 (referitoare la convențiile internaționale la care România este parte) și a prevederilor art. 5 (referitoare la dreptul Uniunii Europene) la care legiuitorul adaugă legile speciale. Pe cale de consecință, în practică, este necesar ca, înainte de aplicarea prevederilor Cărții a VII-a, să se constate (în primul rând) faptul că nu există o altă reglementare (de presupus contrară) în convențiile internaționale la care România este parte, (în al doilea rând) că nu există o altă reglementare (tot contrară) în dreptul Uniunii Europene și (în cel de-al treilea rând) să se constate inexistența unei alte reglementări (diferite) în legile speciale. Numai după ce au fost parcurse aceste etape, în cel de-al patrulea rând, pot face obiectul aplicării prevederile Cărții a VII-a.

Art. 2.559 („Retrimiterea”), la cel de-al treilea alineat, aduce în atenție excepțiile care pot fi invocate de la prevederile alin. (1)²³, potrivit cărora „legea străină nu cuprinde și normele ei conflictuale, în cazul în care părțile au ales legea străină aplicabilă, în cazul legii străine aplicabile formeii actelor juridice și obligațiilor extracontractuale, precum și în alte cazuri prevăzute de convențiile internaționale la care România este parte, de dreptul Uniunii Europene sau de lege”.

Revelator este și art. 2.564 alin. (2) („Înlăturarea aplicării legii străine”) care se exprimă tot cu luarea în considerare, inclusiv, a statutului țării noastre de membră a Uniunii Europene, din punctul de vedere al ordinii publice în dreptul internațional privat român, adică „aplicarea legii străine încalcă ordinea publică de drept internațional român, în măsura în care ar conduce la un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului”.

Privitor la legea aplicabilă obligației de întreținere, art. 2.612 C. civ. conține o reglementare tranșantă, fără alternativă, aceasta determinându-se „potrivit reglementărilor dreptului Uniunii Europene”.

Capitolul VI („Obligațiile”) al Titlului VI, Cartea a VII-a, în primele două articole (2.640 și 2.641) stabilește ordinea, prioritățile, aplicarea cu precădere, ierarhizarea între

²³ Art. 2.559 alin. (1) C. civ.: „Legea străină cuprinde dispozițiile de drept material, inclusiv normele conflictuale, cu excepția unor dispoziții contrare”.

dreptul internațional, dreptul Uniunii Europene și dreptul intern. De data aceasta, pe primul loc, în materia determinării legii aplicabile obligațiilor contractuale și extracontractuale se situează dreptul Uniunii Europene (Regulamentul Roma I și Regulamentul Roma II). Potrivit alin. (1) al art. 2.640 (dar și art. 2.641), „Legea aplicabilă obligațiilor contractuale (dar și extracontractuale) se determină potrivit reglementărilor dreptului Uniunii Europene”. Cel de-al doilea alineat trimite la reglementări alternative, în mod diferit. Alineatul al doilea al art. 2.640 precizează că, „în materiile care nu intră sub incidența reglementărilor Uniunii Europene sunt aplicabile dispozițiile prezentului Cod privind legea aplicabilă actului juridic, dacă nu se prevede altfel prin convenții internaționale sau prin dispoziții speciale”. La art. 2.641 al doilea alineat, ordinea este similară celei de mai sus, particularizând la conținutul obligațiilor extracontractuale, după cum urmează: „în materiile care nu intră sub incidența reglementărilor Uniunii Europene se aplică legea care cârmuiește fondul raportului juridic preexistent între părți, dacă nu se prevede altfel prin convenții internaționale sau dispoziții speciale”. Cu alte cuvinte, potrivit art. 2.640 și 2.641 C. civ., ierarhia stabilită la art. 2.557 C. civ. este răsturnată, pe primul loc trecând reglementările Uniunii Europene și numai dacă astfel de reglementări nu există la nivelul Uniunii Europene se aplică prevederile convențiilor internaționale ori ale dispozițiilor speciale.

Codul de procedură civilă²⁴ conține reglementări similare. Art. 4 și 5 C. civ. au corespondent în prevederile art. 3 și 4 C. pr. civ., bineînțeles, acestea din urmă făcând trimitere la „domeniul de reglementare al Codului de procedură civilă și principiile fundamentale ale procesului civil”.

Art. 3 C. pr. civ. conține reglementări similare, așa cum precizam, referitoare la „aplicarea priorității a tratatelor internaționale privitoare la drepturile omului”, iar art. 4 C. pr. civ. reiterează astfel de reglementări, de data aceasta privind „aplicarea priorității a dreptului Uniunii Europene”.

Și aici sediul materiei, privitor la raporturile cu element de extraneitate, îl reprezintă tot Cartea a VII-a („Procesul civil internațional”) care, la art. 1.065 („Domeniul de aplicare”), în mod similar art. 2.557 C. civ. („Obiectul reglementării”) alin. (3), stabilește aceeași ordine (ierarhie) privind aplicarea. Astfel, „dispozițiile prezentei cărți se aplică proceselor de drept privat cu element de extraneitate în măsura în care prin tratatele internaționale la care România este parte, prin dreptul Uniunii Europene sau prin legi speciale nu se prevede altfel”.

O materie extrem de interesantă și importantă, deopotrivă, pentru țara noastră, care, după anul 1990 a făcut eforturi consistente pentru a trece de la o economie planificată la o economie de piață, cu multe consecințe pozitive, dar nu pot fi ignorate nici cele negative, dată fiind absența tradiției în materie, dar nu numai, este aceea a insolvenței, cu 2 reglementări purtând același număr (este vorba despre Legea nr. 85/2006²⁵ și Legea nr. 85/2014²⁶). Analizând reglementarea adoptată după aderare (Legea nr. 85/2014) constatăm abundența trimitărilor la dreptul Uniunii Europene. Cu titlu de exemplu, rețin

²⁴ Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicat, cu modificările ulterioare, în M. Of. nr. 247 din 10 aprilie 2015.

²⁵ Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, publicată în M. Of. nr. 359 din 21 aprilie 2006.

²⁶ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, publicată în M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014.

atenția cele care se referă la: citarea părților, precum și comunicarea oricăror acte de procedură²⁷; raporturile cu statele terțe²⁸ și dispozițiile generale referitoare la insolvența transfrontalieră²⁹.

Tot în deplin acord cu legislația primară a Uniunii Europene vine și legislația penală a României, de actualitate, în această etapă, materializată în Codul penal³⁰ și Codul de procedură penală³¹, inclusiv din punctul de vedere al prevederilor Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene, Partea a III-a „Politicile și acțiunile interne ale Uniunii”, Titlul V „Spațiul de libertate, securitate și justiție”, Capitolul 4 „Cooperarea judiciară în materie penală”.

Astfel, la art. 14 alin. (2) C. pen. se precizează că „predarea sau extrădarea unei persoane în relația cu statele membre ale Uniunii Europene se acordă sau se solicită în condițiile legii”.

Potrivit art. 75 alin. (1) lit. d) C. pen., sunt identificate împrejurările care constituie circumstanțe atenuante legale, dar și faptul că circumstanța atenuantă nu se aplică în cazul săvârșirii mai multor infracțiuni, între care și infracțiunilor împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene.

²⁷ Art. 42 alin. (1): „Citarea părților, precum și comunicarea oricăror acte de procedură se efectuează prin BPI. Comunicarea citațiilor, a convocărilor și notificărilor către participanții la proces, al căror sediu, domiciliu sau reședință se află în străinătate, este supusă dispozițiilor Codului de procedură civilă coroborate cu prevederile Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență, cu modificările și completările ulterioare, și ale Regulamentului (CE) nr. 1393/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială (notificarea sau comunicarea actelor) și abrogarea Regulamentului (CE) nr. 1348/2000 al Consiliului, după caz. BPI va fi realizat în formă electronică. Acoperirea cheltuielilor de publicare a BPI se suportă de la bugetul de stat, prin bugetul Ministerului Justiției”. Notă: Regulamentul (CE) nr. 1346/2000 a fost înlocuit prin Regulamentul (UE) 2015/848 al Parlamentului European și al Consiliului privind procedurile de insolvență, publicat în JOUE L L 141, din 5 iunie 2015.

²⁸ Art. 274 alin. (3): „Prevederile prezentului capitol nu sunt aplicabile nici raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței care cad sub incidența Regulamentului Consiliului (CE) nr. 1346/2000” și art. 302: „În măsura existenței mai multor proceduri străine vizând același debitor, față de care nu sunt aplicabile dispozițiile Regulamentului Consiliului (CE) nr. 1346/2000, instanța va întreprinde măsurile vizând cooperarea și coordonarea, prevăzute la art. 297-299, în ceea ce privește aspectele prevăzute la art. 274, și va proceda în felul următor:

a) orice măsură cu executare vremelnică încuviințată în temeiul art. 291 sau 293 reprezentantului unei proceduri străine secundare ulterior recunoașterii unei proceduri străine principale trebuie să fie compatibilă cu derularea procedurii străine principale;

b) atunci când cererea de recunoaștere a procedurii străine secundare este admisă ori numai formulată anterior recunoașterii procedurii străine principale, orice măsură cu executare vremelnică încuviințată în temeiul art. 291 sau 293 va fi reexaminată de instanță, care va dispune modificarea sau încetarea acesteia, în măsura în care este incompatibilă cu derularea procedurii străine principale;

c) în măsura în care mai multe proceduri străine secundare sunt recunoscute succesiv, instanța va încuviința, va modifica ori va dispune încetarea măsurilor cu executare vremelnică într-o manieră care să înlănească coordonarea procedurilor respective”.

²⁹ Art. 342 alin. (2): „Prevederile cap. I al titlului III nu sunt aplicabile raporturilor de drept internațional privat din domeniul insolvenței care cad sub incidența Regulamentului Consiliului (CE) nr. 1346/2000”.

³⁰ Legea nr. 286/2009 privind noul Cod Penal, cu modificările și completările ulterioare, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

³¹ Legea nr. 135/2010 privind Noul Cod de Procedură Penală, cu modificările și completările ulterioare, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

Un sediu important al materiei îl reprezintă art. 112¹ alin. (1) lit. m) care dispune că „sunt supuse confiscării și alte bunuri (...), în cazul în care persoana este condamnată pentru comiterea” mai multor infracțiuni, între care este menționată și infracțiunea „împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene”.

Art. 294 lit. c) se referă la faptele săvârșite de către funcționari străini sau în legătură cu aceștia. Prevederile se aplică, inclusiv, „funcționarilor sau persoanelor care își desfășoară activitatea pe baza unui contract de muncă ori altor persoane care exercită atribuții similare, în cadrul Uniunii Europene”

Dacă în Codul penal am identificat patru articole relevante pentru statutul țării noastre de membră a Uniunii Europene, în Codul de procedură penală, întâlnim zece articole cu o astfel de relevanță. Chiar primul articol, intitulat „Normele de procedură penală și scopul acestora”, la alin. (2) precizează că: „normele de procedură penală urmăresc asigurarea exercitării eficiente a atribuțiilor organelor judiciare cu garantarea drepturilor părților și ale celorlalți participanți în procesul penal astfel încât să fie respectate prevederile Constituției, ale tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, ale celorlalte reglementări ale Uniunii Europene în materie procesual penală, precum și ale pactelor și tratatelor privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte”.

Destul de intens dezbătută este problema supravegherii tehnice care, la art. 139 alin. (2) C. pr. pen. cunoaște următoarea reglementare, incidentă spațiului Uniunii Europene: „supravegherea tehnică se poate dispune în cazul infracțiunilor contra securității naționale prevăzute de Codul penal și de legi speciale, precum și în cazul infracțiunilor (...) împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene”.

La art. 148 alin. (1) C. pr. pen., „Utilizarea investigatorilor sub acoperire sau cu identitate reală și a colaboratorilor” referitor la „autorizarea folosirii investigatorilor sub acoperire” se precizează că aceasta se poate dispune „de procurorul care supraveghează sau efectuează urmărirea penală, pe o perioadă de maximum 60 de zile, dacă (...) există o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni contra securității naționale prevăzute de Codul penal și de alte legi speciale, precum și în cazul infracțiunilor (...) împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene”.

În același sens este și alin. (9) al art. 148 CPP privind durata măsurii care „poate fi prelungită pentru motive temeinic justificate, în cazul în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (1), fiecare prelungire neputând depăși 60 de zile. Durata totală a măsurii, în aceeași cauză și cu privire la aceeași persoană, nu poate depăși un an, cu excepția (...) infracțiunilor împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene”.

Potrivit art. 150 alin. (1), referitor la „Participarea autorizată la anumite activități”, aceasta se poate dispune de către procurorul care supraveghează sau efectuează urmărirea penală, pe o perioadă de maximum 60 de zile, dacă (...) există o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni (...) împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene”.

Cooperarea judiciară în materie penală, reglementată prin Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, se materializează, inclusiv, în art. 289 alin. (10) CPP, privind plângerea, și anume: „în cazul în care plângerea este întocmită de către o persoană care locuiește pe teritoriul României, cetățean român, străin sau persoană fără cetățenie, și prin aceasta se sesizează săvârșirea unei infracțiuni pe teritoriul unui alt stat

membru al Uniunii Europene, organul judiciar este obligat să primească plângerea și să o transmită organului competent din țara pe teritoriul căreia a fost comisă infracțiunea. Regulile privind cooperarea judiciară în materie penală se aplică în mod corespunzător”.

Cererea de recurs în interesul legii nu ignoră jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene și a Curții Europene a Drepturilor Omului, potrivit art. 471 alin. (2) CPP: „cererea trebuie să cuprindă soluțiile diferite date problemei de drept și motivarea acestora, jurisprudența Curții Constituționale, a Înaltei Curți de Casație și Justiție, a Curții Europene a Drepturilor Omului sau, după caz, a Curții de Justiție a Uniunii Europene, opiniile exprimate în doctrină relevante în domeniu, precum și soluția ce se propune a fi pronunțată în recursul în interesul legii”.

Într-un sens similar, întâlnim și art. 473 alin. (6) CPP, potrivit căruia, în materia judecării recursului în interesul legii, „raportul va cuprinde soluțiile diferite date problemei de drept și argumentele pe care se fundamentează, jurisprudența relevantă a Curții Constituționale, a Înaltei Curți de Casație și Justiție, a Curții Europene a Drepturilor Omului, a Curții de Justiție a Uniunii Europene și opinia specialiștilor consultați, dacă este cazul, precum și doctrina în materie. Totodată, judecătorul sau, după caz, judecătorii raportori vor întocmi și vor motiva proiectul soluției ce se propune a fi dată recursului în interesul legii”.

Ultima reglementare, dar la fel de importantă este aceea din art. 548 CPP privind asistența judiciară internațională. La alin. (1) se consacră unele aspecte utile domeniului, cum ar fi cele referitoare la cooperarea judiciară internațională care „va fi solicitată sau acordată în conformitate cu dispozițiile actelor juridice ale Uniunii Europene, tratatelor internaționale din domeniul cooperării judiciare internaționale în materie penală la care România este parte, precum și cu dispozițiile cuprinse în legea specială și în prezentul capitol, dacă în tratatele internaționale nu se prevede altfel”.

*

* *

Concluzionăm prin a evidenția faptul că acestea reprezintă unele dintre modificările esențiale ale legislației României, adoptate după aderarea la Uniunea Europeană, lor fiind posibil să li se alăture multe altele, în timp, în funcție de evoluțiile care vor fi înregistrate la nivel internațional general, la nivel european, dar la nivel național. Dinamica societății fiind urmată, la cele trei niveluri, de o inevitabilă dinamică a legislației care va fi adoptată și adaptată la condițiile noii paradigme de integrare europeană, de după Brexit.

CÂTEVA CONSIDERAȚII REFERITOARE LA TRIMITERILE PRELIMINARE CĂTRE CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE, FORMULATE DE CURȚILE CONSTITUȚIONALE ALE STATELOR MEMBRE

*Simona-Maya TEODOROIU**
*Marieta SAFTA**

Abstract:

In a period characterized by complex transformations in the European Union and its Member States, with tensions trials, moments of crisis, weakening the links which brought together six, then nine, then 12, 15 to 28 nation states need promoting a culture of corporate communication seems more current than ever. And when this communication is made between the highest courts in national and supranational level, the result is positive, especially in terms of guarantees for the protection of fundamental rights and freedoms, which constitute a common goal. This study pinpoints some landmarks of this interaction between the courts of constitutional jurisdiction and the Court of Justice of the European Union (CJEU), referring to the main instrument for achieving its reference is regulated by art. 267 of the Treaty on European Union.

Keywords: *The Constitutional Court, Court of Justice of the European Union, preliminary questions, control of constitutionality*

1. Introducere

Aderarea la Uniunea Europeană a produs, la nivelul statelor membre, semnificative transformări legislative și instituționale. Avem în vedere, în acest context, influența pe care aderarea și procesul integrării în Uniunea Europeană au avut-o și continua să o exercite în privința activității, competențelor, sarcinilor ce revin instanțelor constituționale naționale. Aceasta întrucât, ca urmare a aderării, legile fundamentale ale fiecărui stat nu mai pot fi privite și interpretate în mod izolat, distinct, ci în corelație cu principiile și normele dreptului Uniunii Europene.

Evoluțiile sub acest aspect, fie că sunt caracterizate ca reflectând atitudini defensive sau cooperante, conflictuale sau bazate pe dialog, inclusive sau exclusive¹, dau expresie unor interacțiuni reciproce cu efecte în planul dezvoltării generale a constituționalismului, în ambele sale dimensiuni – națională și supranațională.

În cele ce urmează vom puncta câteva repere ale acestei interacțiuni dintre instanțele de jurisdicție constituțională și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, cu referire la

* Conf. univ. dr., judecător la Curtea Constituțională a României.

* Conf.univ. dr., Prim magistrat-asistent la Curtea Constituțională a României.

¹ Pentru dezvoltări, a se vedea M. Cartabia, *Constitutional Courts between Constitutional Law and European Law*, Congresul al XV-lea al Conferinței Curților Constituționale Europene, „The cooperation of Constitutional Courts in Europe. Current Situation and Perspectives”, 12-14 mai 2014, Viena.

principalul instrument de realizare a sa, trimiterea preliminară, reglementată de art. 267 din Tratatul privind Uniunea Europeană.

2. Evoluții ale „dialogului” între instanțele de jurisdicție constituțională și Curtea de Justiție a Uniunii Europene pe calea întrebărilor preliminare

Fără dubiu, instanțele de jurisdicție constituțională reprezintă „instanțe de judecată” în sensul jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene. Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante a acestei Curți, «pentru a aprecia dacă organul de trimitere are caracterul unei „instanțe” în sensul art. 267 TFUE, aspect care ține doar de dreptul Uniunii, Curtea ia în considerare un ansamblu de elemente, precum *originea legală a organului, caracterul său permanent, caracterul obligatoriu al competenței sale, natura contradictorie a procedurii, aplicarea de către organ a normelor de drept, precum și independența acestuia* (a se vedea în special Hotărârea din 17 septembrie 1997, *Dorsch Consult*, C 54/96, Rec., p. I 4961, pct. 23, Hotărârea din 31 mai 2005, *Syfait și alții*, C 53/03, Rec., p. I 4609, pct. 29, Hotărârea din 14 iunie 2007, *Häupl*, C 246/05, Rep., p. I 4673, pct. 16, Hotărârea din 22 decembrie 2010, *Koller*, C 118/09, pct. 22).

Tot astfel, având în vedere poziția lor specială în rândul autorităților statului, caracterul obligatoriu al deciziilor/hotărârilor pe care le pronunță și faptul că acestea nu sunt supuse niciunei căi de atac în dreptul intern, instanțelor de jurisdicție constituțională le revine obligația de sesizare a Curții de Justiție a Uniunii Europene, atunci când se pune o problemă de drept european în cauzele deduse judecătii lor², cu distincțiile stabilite de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, respectiv „cu excepția cazului în care constată că problema invocată nu este pertinentă sau că dispoziția comunitară în cauză a făcut deja obiectul unei interpretări din partea Curții sau că aplicarea corectă a dreptului european se impune cu o asemenea evidență încât nu mai lasă loc niciunei îndoieli rezonabile” (Cauza 283/81 – *SRL CILFIT c. Ministerului Sănătății și Lanificio di Gavardo Spa c. Ministerului Sănătății*). CJUE a mai precizat, în aceeași cauză, că „existența unei astfel de posibilități trebuie să fie evaluată în funcție de caracteristicile proprii dreptului european, de dificultățile specifice pe care le prezintă interpretarea acestuia și de riscul divergențelor de jurisprudență în cadrul Comunității”.

Confruntate, în mod inevitabil, cu problematici privind interpretarea dreptului Uniunii Europene, curțile constituționale europene au deschis, în cele din urmă, calea dialogului prin întrebări preliminare, chiar dacă nu într-un număr foarte mare, până la acest moment³.

Dintre toate instanțele de jurisdicție constituțională, Curtea Constituțională a Belgiei adoptă o atitudine unică în ceea ce privește dialogul preliminar cu Curtea de Justiție a Uniunii Europene, astfel cum sublinia recent chiar unul dintre președinții acestei Curți,

² Unul dintre foștii președinți ai CJUE, Vassilios Skouris, reține în acest sens următoarele: „Ar trebui să fie clar că, drept consecință a calității lor de ultimă armură (highest tier) în sistemul judiciar național, ele [n.a. – instanțele constituționale] cad în cea de-a doua categorie a curților și tribunalelor și sunt obligate să trimită întrebări către Curtea de Justiție a Uniunii Europene dacă sunt îndeplinite condițiile unei întrebări preliminare”. (The Relationship Of The European Court Of Justice With The National Constitutional Courts, Simpozionul „Twenty Years of the Constitutional Court”, Ungaria, 2009, disponibilă online la http://www.mkab.hu/index.php?id=vassilios_skouris_president_of_the_european_court_of_justice#1)

³ A se vedea *in extenso* T. Toader, M. Safta, *Dialogul dintre Curtea Constituțională a României și Curtea de Justiție a Uniunii Europene*, în revista Dreptul nr. 12/2013, pp. 129-163.

care arăta că acest dialog „nu poate fi comparat nici în conținut, nici în intensitate cu practica adoptată de multe alte curți constituționale”⁴, citându-l pe președintele Curții de Justiție, Koen Lenaerts, potrivit căruia „dacă trimiterile preliminare la Curtea de Justiție a Uniunii Europene ar constitui un sport, Curtea Constituțională a Belgiei ar fi – fără nicio îndoială – campion olimpic”⁵. Până în prezent, această Curte a formulat 26 de hotărâri de trimitere, în materii foarte diverse⁶. Se poate aprecia că instanța constituțională belgiană are cel mai activ dialog cu CJUE sub aspectul formulării de întrebări preliminare, fiind un incontestabil lider european din această perspectivă. Astfel, în cele 26 de sesizări adresate până în prezent, au fost puse, în total, 90 de întrebări preliminare, problematica antamată fiind foarte diversă: transpunea în dreptul belgian a prevederilor Deciziei-cadru 2002/584/JAI privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre⁷; validitatea art. 2a pct. 5 din Directiva 91/308/CEE a Consiliului din 10 iunie 1991 privind prevenirea folosirii sistemului financiar în scopul spălării banilor, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2001/97/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 decembrie 2001⁸; mandatul european de arestare⁹; regimul de asigurări pentru îngrijirea persoanelor instituit de o entitate federală a unui stat membru¹⁰; cu privire la evaluarea riscurilor în materie de asigurări¹¹; în probleme de mediu¹², cu privire la politica funciară și imobiliară în contextul dreptului la liberă circulație și ședere¹³, cu privire la autorizarea rețelilor și serviciilor de comunicații electronice¹⁴; cu privire la servicii de îngrijire a sănătății, servicii sociale – centre de primire de zi și de noapte care furnizează sprijin și îngrijire persoanelor în vârstă¹⁵ etc.

Curtea Constituțională din Austria s-a adresat în mai multe rânduri CJUE, în problematici diverse, de exemplu: în materia ajutoarelor de stat în domeniul energetic (C-143/99); într-o cauză referitoare la discriminarea lucrătorilor turci încadrați pe piața legală a muncii (C-171/01); pentru interpretarea art. 6 alin. (1) lit. (c) și art. 7 lit. (c) și (e) din Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date (C-456/00, C-138/01, C-139/01); pentru examinarea compatibilității Directivei 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicații electronice accesibile publicului sau de

⁴ J. Spreutels, *Questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union Européenne: L'expérience de la Cour constitutionnelle de Belgique*, în Revista de drept constituțional nr. 3/2015, p. 11.

⁵ K. Lenaerts, *Le dialogue entre la Cour constitutionnelle et la Cour de Justice de l'Union européenne: angle d'approche et limites*, în A. Allen, J. Spreutels ș.a., *Grondwettelijk Hof 1985-2015 – Cour constitutionnelle 1985-2015*, (Lucrările conferinței din 1 aprilie 2015 cu ocazia celei de-a 30-a aniversări a primei hotărâri a Curții), Brugge, Die Keurre, 2016, p. 133.

⁶ Pentru dezvoltări, a se vedea J. Spreutels, *op. cit.*

⁷ Hotărârea pronunțată în cauza C-303/05.

⁸ Hotărârea din 26 iunie 2007, pronunțată în cauza nr. C-305/05.

⁹ Hotărârea din 21 octombrie 2010, pronunțată în cauza C-306/09.

¹⁰ Hotărârea din 1 aprilie 2008, pronunțată în cauza C-212/06.

¹¹ Hotărârea din 1 martie 2011 pronunțată în cauza C-236/09.

¹² Hotărârea din 16 februarie 2012, pronunțată C-182/10 și C-567/10 (Hotărârea din 22 martie 2012).

¹³ Hotărârea din 8 mai 2013 în cauzele conexe C-197/11 - C-203/11.

¹⁴ Hotărârea din 21 martie 2013 pronunțată în cauza C-375/11.

¹⁵ Hotărârea din 11 iulie 2013, cauza C-57/12.

rețele de comunicații publice și de modificare a Directivei 2002/58/CE, cu Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (C-293/12 and C-594/12).

Consiliul Constituțional francez s-a adresat de asemenea CJUE, deschizând dialogul pe această cale cu instanța europeană. Astfel, apelând la procedura preliminară de urgență, Consiliul Constituțional francez a formulat o întrebare referitoare la art. 27 și 28 din Decizia-cadru 2002/584/JAI a Consiliului din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre (Cauza C-168/13 – *Jeremy F c. Premier ministre*).

Curtea Constituțională din Italia a formulat pentru prima data o întrebare preliminară în materia taxelor locale stabilite de Sardinia, regiune cu puteri autonome, acordate printr-un statut cu caracter de lege constituțională (Cauza C-169/08 *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione autonoma della Sardegna*). De asemenea, aceeași Curte s-a adresat Curții de Justiție a Uniunii Europene într-o cauză vizând conformitatea sistemului italian de încadrare a profesorilor la școlile publice, cu legislația europeană referitoare la munca pe durată determinată (Hotărârea din 26 noiembrie 2014, C-22/13, C-61/13-C-63/13 și C-418/13, *Mascolo și alții*). CJUE a stabilit că legislația italiană anterioară în domeniu contravenea dreptului Uniunii Europene, iar ulterior Curtea Constituțională Italiană a procedat în același sens.

Curtea Constituțională a Lituaniei s-a adresat CJUE cu o întrebare preliminară referitoare la art. 20 din Directiva 2003/54 a Parlamentului European și a Consiliului din 26 iunie 2003 privind normele comune pentru piața internă de energie electrică și de abrogare a Directivei 96/92/CE (cauza C-239/07, *Sabatauskas și alții*).

Tribunalul Constituțional din Spania s-a adresat, de asemenea, CJUE cu o întrebare preliminară, privitoare la mandatul european de arestare, care a prilejuit adoptarea unei hotărâri prin care CJUE a reafirmat principiul supremației dreptului UE în raport de legislația națională (C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*).

Curtea Constituțională Federală a Germaniei a deschis acest dialog în anul 2015, când a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții de Justiție a Uniunii Europene o serie de întrebări preliminare în materie de politică economică și monetară – decizii ale Consiliului guvernatorilor al Băncii Centrale Europene (BCE) cu privire la o serie de caracteristici tehnice ale tranzacțiilor monetare definitive de pe piețele secundare ale obligațiunilor guvernamentale din cadrul Eurosistemului (C62/14, Hotărârea din 16 iunie 2015, *Peter Gauweiler și alții*). Apreciată ca nefiind chiar „o conversație între gentlemen”¹⁶, totuși această hotărâre, împreună cu cea a Curții Constituționale care i-a urmat (din 21 iunie 2016) a fost apreciată ca fiind un „dialog judiciar reușit”, respectiv „un exemplu remarcabil și constructiv de cooperare judiciară, ce privește o chestiune fundamentală, foarte sensibilă, aflată în centrul actualei agende europene”¹⁷.

Curtea Constituțională a României s-a adresat CJUE la sfârșitul anului 2016 într-o cauză care abordează garanțiile dreptului la o viață de familie în contextul liberei circulații pe teritoriul Uniunii Europene, la capătul unei interesante evoluții la care ne vom referi, pe scurt, în cele ce urmează.

¹⁶ P. Faraguna, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, în „Diritti comparati” nr. 1/2016, p. 10.

¹⁷ M. Cartabia, *Europa de azi, poduri și ziduri*, în Revista română de drept european nr. 3/2016.

De asemenea, este indubitabil faptul că instanțele de jurisdicție constituțională reprezintă „instanță judecătorească” în sensul art. 267 din TFUE, și, prin urmare, pot adresa CJUE întrebări preliminare. Această interpretare rezultă, de altfel, și din jurisprudența Curții Constituționale a României. Mai mult, curțile constituționale reprezintă **„instanțe națională ale cărei decizii nu sunt supuse vreunei căi de atac în dreptul intern”**, în sensul art. 267 alin. (3) din TFUE, revenindu-le prin urmare, în mod corespunzător, **obligația de a sesiza CJUE, în conformitate cu același text de referință.**

3. Curtea Constituțională a României și procedura întrebărilor preliminare

Evoluțiile Curții Constituționale a României, din perspectiva analizată, au fost de clarificare, cristalizare a unei concepții, de evitare a conflictelor și de dialog deschis. Astfel, examinând dinamica deciziilor Curții Constituționale, identificăm ca principale coordonate *conturarea unei jurisprudențe din ce în ce mai clare în privința delimitării de competențe între instanțele judecătorești naționale, Curtea Constituțională și Curtea de Justiție a Uniunii Europene*¹⁸, realizarea unui *control de constituționalitate al legilor de transpunere a actelor europene circumscris exclusiv concepției clasice a acestui control*, adică verificarea compatibilității cu Constituția fără implicarea unui partener de dialog la nivel supranațional și, în sfârșit, *implicarea acestui partener, pe calea unui dialog deschis*, atunci când problematica sensibilă a apărării unor drepturi ce au cunoscut semnificative evoluții la nivel internațional și European a impus-o.

Cât privește *prima dintre coordonatele enunțate*, Curtea a stabilit în anul 2011, într-o cauză ce constituie reper pentru jurisprudența ulterioară în aceeași materie¹⁹, că nu este de competența sa să analizeze conformitatea unei dispoziții de drept național cu textul Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene, dar, prin prisma art. 148 din Constituție, poate folosi o normă de drept european în cadrul controlului de constituționalitate, ca normă interpusă celei de referință. Totodată, Curtea a statuat asupra condițiilor formulării de întrebări preliminare Curții de Justiție a Uniunii Europene, acceptând, așadar, implicit, această posibilitate. Chiar dacă jurisprudența menționată a critici în doctrina de specialitate, în care s-a arătat că ar fi de preferat existența unui dialog real între CCR și CJUE²⁰, ea a asigurat bazele deschiderii dialogului direct, realizată în anul 2016. Astfel cum s-a reținut și în opinia separată la decizia menționată²¹, «recunoașterea în Decizia nr. 668 din 18 mai 2011, pentru prima oară în jurisprudența

¹⁸ Pe larg, Raportul prezentat de Curtea Constituțională a României la cel de-al XVI-lea Congres al Conferinței Curților Constituționale Europene, <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/KF-Roumanie-MS.pdf>.

¹⁹ Dec. nr. 668 din 18 mai 2011, publicată în M. Of. nr. 487 din 8 iulie 2011.

²⁰ Curtea Constituțională a României și procedura întrebărilor preliminare: De ce nu? (The Constitutional Court of Romania and the Preliminary Rulings Procedure: Why Not?), autoarea argumentează astfel necesitatea inițierii unui dialog real al CCR cu CJUE: „Curtea Constituțională a României are premisele constituționale ale unei adevărate cooperări între ea și CJUE, iar acceptând să intre într-un dialog oficial cu Curtea Europeană, fără să o ignore când aceasta din urmă se pronunță, CCR poate influența întregul sistem de drept european. Ea ar putea căpăta o voce nu doar în scopul interpretării și aplicării uniforme a dreptului european, ci în scopul ridicării și soluționării unor adevărate probleme de conformitate a legilor naționale cu normele europene, precum și de interpretare în general a normelor europene”, Revista Română de Drept European, No 5, 2011.

²¹ Judecător Iulia Antoanella Motoc.

Curții Constituționale, a posibilității „aplicării în cadrul controlului de constituționalitate a hotărârilor Curții de Justiție a Uniunii Europene”, precum și formularea de către această instanță de întrebări preliminare în vederea stabilirii conținutului normei europene, ceea ce ține de cooperarea dintre instanța constituțională națională și cea europeană, precum și de dialogul judiciar dintre acestea, reprezintă un progres jurisprudențial evident prin comparație cu deciziile nr. 392 din 25 martie 2008 și nr. 394 din 25 martie 2008 în care cererile autorilor excepțiilor prin care se solicita sesizarea Curții de Justiție a Uniunii Europene cu o cerere de hotărâre preliminară au fost respinse, fără a se arăta temeiul de drept.»

Printr-o seamă de decizii, Curtea, precizând că „*nu este nici legiuitor pozitiv și nici o instanță judecătorească cu competență de a interpreta și aplica dreptul european în litigiile ce anteamază drepturile subiective ale cetățenilor*”²², a admis că **poate folosi o normă de drept european în cadrul controlului de constituționalitate, ca normă interpusă celei de referință, cu condiția îndeplinirii unor condiții, astfel:** „*această normă să fie suficient de clară, precisă și neechivocă prin ea însăși sau înțelesul acesteia să fi fost stabilit în mod clar, precis și neechivoc de Curtea de Justiție a Uniunii Europene (...), norma trebuie să se circumscrie unui anumit nivel de relevanță constituțională, astfel încât conținutul său normativ să susțină posibila încălcare de către legea națională a Constituției – unica normă directă de referință în cadrul controlului de constituționalitate. Într-o atare ipoteză, demersul Curții Constituționale este distinct de simpla aplicare și interpretare a legii, competență ce aparține instanțelor judecătorești și autorităților administrative, sau de eventualele chestiuni ce țin de politica legislativă promovată de Parlament sau Guvern, după caz*”.

Curtea a precizat expres că, „*prin prisma condiționalității cumulative enunțate, rămâne la aprecierea Curții Constituționale aplicarea în cadrul controlului de constituționalitate a hotărârilor Curții de Justiție a Uniunii Europene sau formularea de către ea însăși de întrebări preliminare în vederea stabilirii conținutului normei europene*”. Curtea Constituțională a României a făcut astfel referire indirectă la **teoria actului clar**, enunțată de CJUE în Hotărârea din 6 octombrie 1982, pronunțată în cauza 283/81 *SRL CILFIT și Lanificio di Gavardo SpA*, în care s-a reținut că „*o instanță națională ale cărei decizii nu sunt supuse unei căi de atac în dreptul intern trebuie, atunci când se pune o problemă de drept comunitar în cauza dedusă judecății sale, să își îndeplinească obligația de sesizare a Curții de Justiție, cu excepția cazului în care constată că problema invocată nu este pertinentă sau că dispoziția comunitară în cauză a făcut deja obiectul unei interpretări din partea Curții sau că aplicarea corectă a dreptului comunitar se impune cu o asemenea evidență încât nu mai lasă loc niciunei îndoieli rezonabile; existența unei astfel de posibilități trebuie să fie evaluată în funcție de caracteristicile proprii dreptului comunitar, de dificultățile specifice pe care le prezintă interpretarea acestuia și de riscul divergențelor de jurisprudență în cadrul Comunității*”. Totodată, a arătat că este în marja sa de apreciere determinarea relevanței constituționale a normei de drept european.

²² Decizia nr. 668 din 18 mai 2011, publicată în M. Of. nr. 487 din 8 iulie 2011; Decizia nr. 1088 din 14 iulie 2011, publicată în M. Of. nr. 668 din 20 septembrie 2011; Decizia nr. 921 din 7 iulie 2011, publicată în M. Of. nr. 673 din 21 septembrie 2011; Decizia nr. 903 din 30 iunie 2011, publicată în M. Of. nr. 673 din 21 septembrie 2011.

Deducem de aici că, potrivit jurisprudenței Curții Constituționale a României, sesizarea Curții de Justiție a Uniunii Europene se poate realiza dacă:

a) norma de drept european ce se cere a fi clarificată are un anumit nivel de relevanță constituțională, astfel încât conținutul său normativ să susțină posibila încălcare de către legea națională a Constituției;

b) înțelesul normei europene să nu fie suficient de clar, respectiv să nu fi făcut deja obiectul unei interpretări din partea CJUE.

Cât privește aspectele de natură procedurală, constatăm că Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale nu cuprinde dispoziții exprese în acest sens, nefiind actualizată în sensul corelării cu normele speciale referitoare la sesizarea Curții de Justiție a Uniunii Europene cu întrebări preliminare. Însă, potrivit art. 14 din Legea nr. 47/1992, „procedura jurisdicțională prevăzută de prezenta lege se completează cu regulile procedurii civile, în măsura în care ele sunt compatibile cu natura procedurii în fața Curții Constituționale. Compatibilitatea se hotărăște exclusiv de Curte”.

Trebuie subliniat și faptul că, potrivit art. 1 prin **Legea nr. 340 din 11 noiembrie 2009 privind formularea de către România a unei declarații în baza prevederilor art. 35 par. (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană**, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 786 din 18 noiembrie 2009, „În baza prevederilor art. 35 par. (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană, ratificat de România prin Legea nr. 157/2005 [...], precum și în temeiul Declarației nr. 10 privind art. K.7 din Tratatul privind Uniunea Europeană, anexată la Tratatul de la Amsterdam de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană, a tratatelor de instituire a Comunităților Europene și a anumitor acte conexe, România formulează următoarea declarație:

„România declară că acceptă competența Curții de Justiție a Comunităților Europene în conformitate cu prevederile art. 35 par. (3) lit. b) din Tratatul privind Uniunea Europeană.

România își rezervă dreptul de a prevedea dispoziții în dreptul intern pentru ca, în cazul în care se invocă o chestiune privind validitatea sau interpretarea unui act prevăzut la art. 35 par. (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană într-o cauză pendinte pe rolul unei instanțe judecătorești naționale a cărei hotărâre nu mai poate fi atacată prin intermediul căilor ordinare de atac, instanța judecătorească să fie obligată să înainteze Curții de Justiție a Comunităților Europene o cerere pentru pronunțarea unei hotărâri preliminare, dacă aceasta este necesară pentru pronunțarea unei hotărâri în cauză.”

Conform art. 2 din aceeași lege, „(1) Instanța de judecată, din oficiu sau la cerere, poate solicita Curții de Justiție a Comunităților Europene să se pronunțe cu titlu preliminar asupra unei întrebări ridicate într-o cauză de orice natură și care se referă la validitatea sau la interpretarea unuia dintre actele prevăzute la art. 35 par. (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană, în cazul în care apreciază că o decizie în această privință este necesară pentru pronunțarea unei hotărâri în cauză.

(2) Dacă cererea este formulată în fața unei instanțe a cărei hotărâre nu mai poate fi atacată prin intermediul căilor ordinare de atac, solicitarea Curții de Justiție a Comunităților Europene de a se pronunța cu titlu preliminar este obligatorie, dacă aceasta este necesară pentru pronunțarea unei hotărâri în cauză.

(3) În cazurile prevăzute la alin. (1), judecata poate fi suspendată, iar în cazurile prevăzute la alin. (2), suspendarea judecării este obligatorie.

(4) În aplicarea art. 104b din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție a Comunităților Europene, instanța poate cere, odată cu solicitarea Curții de Justiție a Comunităților Europene, conform prevederilor alin. (1) și (2), în cazurile urgente, aplicarea procedurii de urgență în fața Curții de Justiție a Comunităților Europene.

(5) Încheierea prin care instanța se pronunță asupra suspendării judecării poate fi atacată cu recurs la instanța superioară, în termen de 72 de ore de la pronunțare, pentru cei prezenți, sau de la comunicare, pentru cei lipsă. Calea de atac se soluționează prin încheiere, în camera de consiliu, fără citarea părților; hotărârea este definitivă.

(6) În cauzele penale în care instanța a dispus suspendarea cauzei, art. 303 alin. (6) din Codul de procedură penală se aplică în mod corespunzător.

(7) Judecarea cauzei suspendate se reia după comunicarea hotărârii pronunțate de Curtea de Justiție a Comunităților Europene.

(8) În cazul în care cauza nu a fost suspendată, instanța poate continua judecata pe alte aspecte decât cele semnalate Curții de Justiție a Comunităților Europene. Instanța nu poate încheia dezbaterile înainte de pronunțarea Curții de Justiție a Comunităților Europene.

(9) În cauza în care s-a solicitat Curții de Justiție a Comunităților Europene să se pronunțe cu titlu preliminar, hotărârea acesteia în ceea ce privește stabilirea validității sau interpretarea dată unuiu dintre actele prevăzute la art. 35 par. (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană este obligatorie.”

O altă coordonată la care ne-am referit privește controlul de constituționalitate al actelor de transpunere a normelor europene. Trebuie subliniate cu acest prilej deciziile Curții Constituționale a României care au constituit pași premergători relevanți, în corelație cu jurisprudența convergentă a altor instanțe constituționale europene, în pronunțarea de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, a hotărârii de invalidare a Directivei nr. 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice și de modificare a Directivei 2002/58/CE. În România, actul normativ prin care s-a realizat inițial²³ această transpunere a fost Legea nr. 298/2008²⁴ privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului sau de rețele publice de comunicații, precum și pentru modificarea Legii nr. 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice. Supusă unor numeroase critici, această lege a fost contestată pe calea unei excepții de neconstituționalitate. Prin Decizia nr. 1258/2009²⁵, Curtea

²³ Ulterior constatării neconstituționalității Legii nr. 298/2008, în aceeași materie a fost adoptată Legea nr. 82/2012, publicată în M. Of. nr. 406, din 18 iunie 2012.

²⁴ Publicată în M. Of. nr. 780 din 21 noiembrie 2008.

²⁵ Dec. nr. 1258/2009, publicată în M. Of. nr. 798 din 23 noiembrie 2009, prin care Curtea a constatat neconstituționalitatea prevederilor Legii nr. 298/2008 privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului sau de rețele publice de comunicații, precum și pentru modificarea Legii nr. 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice, act care transpunea în dreptul intern Directiva

Constituțională a admis excepția invocată și a constatat că legea de transpunere a Directivei menționate, este neconstituțională. Ulterior, Prin Decizia nr. 440 din 8 iulie 2014²⁶, Curtea Constituțională a României a constatat că dispozițiile celui de-al doilea act normativ care a transpus aceeași directivă, Legea nr. 82/2012 privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de rețele publice de comunicații electronice și de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, precum și pentru modificarea și completarea Legii nr. 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice, sunt neconstituționale. În paralel, după o primă încercare, fără succes, de contestare a Directivei la Curtea de Justiție a Uniunii Europene, formulată de Irlanda și Slovacia²⁷, aceasta a fost investită de Curtea Constituțională a Austriei și Curtea Supremă din Irlanda, care au ridicat o serie de probleme cu privire la compatibilitatea Directivei cu Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, precum și dacă aceasta asigură o bună funcționare a pieței interne a Uniunii Europene²⁸. Prin Hotărârea pronunțată în cauză în data de 8 aprilie 2014, CJUE a declarat nevalidă directiva în cauză. Realizând o comparație a considerentelor care au fundamentat deciziile pronunțate de curțile constituționale – și avem în vedere, în mod special, Curtea Constituțională a României, respectiv decizia Curții de Justiție a Uniunii Europene, constatăm elemente comune ale argumentării, ceea ce reflectă, de asemenea, un dialog judiciar, chiar dacă indirect.

În sfârșit, *a treia coordonată*, cea mai vizibilă, cea a dialogului direct cu Curtea de Justiție a Uniunii Europene este reprezentată, deocamdată, de o singură cauză, C-673/16, *Coman și alții*, în care Curtea Constituțională a României a sesizat Curtea de Justiție a Uniunii Europene cu întrebări preliminare. Cauza este în curs de soluționare, judecarea excepției de neconstituționalitate în care aceasta a fost ridicată fiind în prezent suspendată.

4. Concluzii. Perspective

Procedura trimiterii preliminare, prevăzută de art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene are un rol esențial în asigurarea coerenței jurisdicționale a Uniunii. Astfel cum s-a subliniat, atât statele membre sunt ținute prin deciziile preliminare, cât și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, întreaga Uniune Europeană²⁹, acest instrument dovedindu-și, în timp, „succesul extraordinar”³⁰ în realizarea uniformității interpretării și aplicării dreptului Uniunii Europene.

Transmiterea de întrebări preliminare de către instanțele de jurisdicție constituțională către Curtea de Justiție a Uniunii Europene slujește dezideratului privind această

2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului Uniunii Europene, publicată în M. Of. nr. 798 din 23 noiembrie 2009.

²⁶ Publicată în M. Of. nr. 653 din 4 septembrie 2014.

²⁷ Este vorba de acțiunea din 10 februarie 2009 a Irlandei, susținută de Slovacia, de solicitare a anulării Directivei 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 pentru motivul că nu a fost adoptată pe baza unui temei juridic adecvat.

²⁸ Cauzele conexe C-293/12 și C-594/12 *Digital Rights Ireland și Seitlinger și alții*.

²⁹ K. Lenaerts și alții, *Procedural Law of the European Union* (2006) p. 195 și urm., apud M. Broberg, *Coerență jurisdicțională și procedura trimiterii preliminare*, în Revista română de drept european nr. 1/2016.

³⁰ A. Tizzano, *Câteva considerații privind rolul Curții de Justiție*, în Revista română de drept european, nr. 6/2012

coerență³¹, fără să aibă semnificația realizării unei ierarhii europene a sistemului judiciar, în fruntea căreia s-ar afla CJUE. Trimiterea preliminară ar trebui apreciată, așa cum s-a mai arătat, ca fiind „pură cooperare, în care fiecare partener își exercită puterile și le respectă pe cele ale celuilalt”³², cooperare necesară pentru realizarea securității juridice la nivelul Uniunii Europene.

³¹ A se vedea și S. Tănăsescu, *Trimiterea preliminară și cooperarea judiciară loială*, în Revista română de drept european, nr. 3/2012.

³² V. Skouris, *op. cit.*

DREPTUL LA UN REMEDIU EFECTIV ȘI LA UN PROCES ECHITABIL ÎN JURISPRUDENȚA ACTUALĂ A CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE

*Anelis-Vanina ISTRĂTESCU**

Abstract:

The judiciary's decision-making, regarded as a pillar of the rule of law State, must base itself on one hand, on the existence of efficient procedural remedies, capable of guaranteeing the access to justice to those addressing to courts, and on the other hand, to confer to the addressees those specific guarantees aimed at ensuring the equity of the proceedings in all its forms.

In the so intricate equation of making justice, the right to an effective remedy and to a fair trial provided under Article 47 of Charter of Fundamental Rights of the European Union represents the quintessence of any judicial dispute of which full exertion requires the establishment of all facilities, supports and mechanisms affording the litigating parties the concrete and effective possibility to present their cases and have the benefit of the legal arsenal able to obtain the settlement of the litigations brought to courts in an optimal and predictable manner in compliance with the fundamental core principles governing the democratic society. Knowing and applying of the CJEU case-law relative to the right to an effective remedy and to a fair trial become an imperative need, both by considering the respect of supremacy of the EU law over the national law, as well as for ensuring a unitary protection system in favour of all persons falling under the EU jurisdiction.

Keywords: *effective remedy, fair trial, access to a court*

Modificările produse în plan intern în urma intrării în vigoare a noilor Coduri au avut ca fundament, principiul primordialității dreptului UE în raport cu dreptul intern, pornind de la premisa că ordinea juridică națională se subsumează celei europene, cu care trebuie să se armonizeze într-o modalitate eficientă și constructivă, în realizarea dezideratului perpetuu al protecției supremației drepturilor omului, prin adoptarea de acte normative având forță juridică supranațională, cu aplicare unitară și coerentă în fiecare stat unional. În spectrul instrumentelor de protecție a drepturilor și libertăților individuale se regăsește și Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, act care reafirmă drepturile ce rezultă în special din tradițiile constituționale și din obligațiile internaționale comune ale statelor membre¹ și care confirmă dorința Uniunii de a se înzestra cu un catalog de drepturi fundamentale specifice ordinii comunitare².

* Formator la Institutul Național pentru Pregătirea și Perfecționarea Avocaților (INPPA) București; asist. univ. dr. la Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative din cadrul Universității „Spiru Haret” București; avocat în cadrul Baroului București; e-mail: istratescu_anelis@yahoo.com.

¹ A se vedea Diaconu N., *Dreptul Uniunii Europene – Tratat*, Ed. Lumina Lex, București, 2011, p. 92.

² Dragoman I., *Dreptul european al drepturilor omului*, Ed. Fundației „România de Măine”, București, 2009, p. 116.

Prioritatea dreptului UE față de cel național a format de-a lungul timpului, obiectul unei ample analize, reluate inclusiv în practica recentă a CJUE, de pildă, prin hotărârea dată în *cauza Stefano Melloni*³, în care instanța de la Luxemburg a decis că s-ar aduce atingere supremației dreptului Uniunii, în măsura în care s-ar permite unui stat membru să împiedice aplicarea unor acte de drept al Uniunii pe deplin conforme cu carta, din moment ce acestea nu ar respecta drepturile fundamentale garantate de constituția statului respectiv, dar și că invocarea de către un stat membru a unor dispoziții de drept național, fie ele de natură constituțională, nu poate afecta efectul dreptului Uniunii pe teritoriul acestui stat (pct. 58 și 59 din hotărâre).

Raportul dintre dreptul național și dreptul UE a fost examinat și în hotărârea dată în *cauza Morcillo și Garcia*⁴, în considerentele căreia s-a reținut că fiecare caz în care se ridică problema dacă o prevedere procedurală internă face imposibilă sau excesiv de dificilă aplicarea dreptului Uniunii, trebuie analizat, ținând cont de locul pe care respectiva prevedere îl ocupă în cadrul procedurii în ansamblul său, de modul în care se derulează și de particularitățile acesteia în fața diverselor instanțe naționale și că trebuie să se ia în considerare principiile care stau la baza sistemului jurisdicțional național, precum protecția dreptului la apărare, principiul securității juridice și buna desfășurare a procedurii (pct. 34). Optica Curții UE se explică prin relația strânsă a drepturilor omului cu dreptul popoarelor la autodeterminare, în sensul că numai un popor liber își poate crea sistemul legislativ și instituțiile care să promoveze și să apere drepturile omului⁵.

Pe aceeași linie de gândire, în hotărârea dată de CJUE în *cauza Orizzonte Salute*⁶, Curtea a reafirmat *principiile echivalenței și efectivității*, reiterând că, în lipsa unei reglementări a Uniunii într-o materie anume, revine fiecărui stat membru, în temeiul principiului autonomiei procedurale a statelor membre, atribuția de a stabili modalitățile procedurii administrative și pe cele ale procedurii jurisdicționale, destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul Uniunii, cu condiția ca modalitățile procedurale identificate de stat să nu fie mai puțin favorabile decât cele aplicabile unor acțiuni similare întemeiate pe ordinea juridică internă sau să facă imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii (pct. 46).

O abordare mai nuanțată a înrâuririi dreptului unional asupra celui intern s-a realizat prin hotărârea dată de CJUE în *cauza Târșia*⁷, în care s-a decis că principiul echivalenței nu se opune ca o instanță națională să nu aibă posibilitatea de a revizui o hotărâre judecătorească definitivă pronunțată în cadrul unei acțiuni de natură civilă, în cazul în care această hotărâre se dovedește a fi incompatibilă cu o interpretare a dreptului Uniunii reținută de Curte ulterior datei la care hotărârea menționată a rămas definitivă, chiar dacă o astfel de posibilitate există în ceea ce privește hotărârile judecătorești definitive incompatibile cu dreptul Uniunii pronunțate în cadrul unor acțiuni de natură administrativă. (pct. 35)

³ C-399/11, Hotărârea din 26 februarie 2013.

⁴ C-169/14, Hotărârea din 17 iulie 2014.

⁵ În acest sens, Diaconu I., *Introducere în dreptul internațional public – Note de curs*, Ed. Pro Universitaria, București, 2015, p. 99.

⁶ C-61/14, Hotărârea din 6 octombrie 2015.

⁷ C-69/14, Hotărârea din 6 octombrie 2015.

Examinarea comparativă a dispozițiilor normative europene existente în materia accesului la justiție, ne face să observăm că garanțiile procesuale conferite beneficiarilor dreptului Uniunii Europene au o sferă de reglementare complementară sistemului de protecție consacrat la nivelul Consiliului Europei, cele două sisteme îmbinându-se și completându-se într-un proces simbiotic, ceea ce permite, atât aplicarea lor concomitentă în practica instanțelor judecătorești interne din Statele membre, cât și interpretarea sistematică a normelor privitoare la același drept. Congruența celor două sisteme își are izvorul în art. 52, alin. (3) din Carta mai-sus amintită, care statuează fără echivoc că înțelesul și întinderea unor drepturi ce corespund unor drepturi din Convenția Europeană a Drepturilor Omului sunt aceleași ca și cele prevăzute în convenție, permițând chiar instituirea unei protecții lărgite în favoarea individului, dar și în art. 53 din Cartă, potrivit căruia niciuna dintre dispozițiile Cartei nu poate fi interpretată ca restrângând sau aducând atingere drepturilor și libertăților fundamentale recunoscute în special de Convenția specificată anterior.

Pe de altă parte, corelația existentă între cele două sisteme reiese și din jurisprudența CEDO, din care menționăm hotărârea dată în *cauza Dhahbi c. Italiei*⁸, în care s-a constatat, *inter alia*, violarea dreptului la un proces echitabil reglementat de art. 6, par. 1 din Convenție, ca urmare a omisiunii instanțelor judecătorești interne ale căror hotărâri nu erau susceptibile de o cale de atac în dreptul intern, de a motiva refuzul sesizării Curții de Justiție a Uniunii Europene cu o întrebare preliminară privind interpretarea dreptului Uniunii într-o cauză cu care au fost investite. Așadar, nu ne referim la situația refuzului adresării unei întrebări preliminare instanței de la Luxemburg pe considerentul neîndeplinirii condițiilor de sesizare⁹, ci la ipoteza refuzului nemotivat al instanțelor interne de a da curs unor astfel de solicitări, cu consecința privării persoanelor interesate de posibilitatea concretă și efectivă de a accede la forul judiciar european de interpretare a dreptului Uniunii.

Extinderea protecției drepturilor omului își are rațiunea în responsabilitatea și îndatoririle specifice asumate de Uniunea Europeană față de persoanele aflate sub jurisdicția sa, dar constituie și un mijloc viabil și eficace de ocrotire a valorilor indivizibile și universale ale demnității umane care au fundamentat adoptarea Cartei.

Cu toate acestea, terminologia utilizată pentru delimitarea conceptuală a unor drepturi nu este aceeași în actele normative europene, cum nu există identitate nici în privința conținutului efectiv al drepturilor ocrotite, deși urmăresc aceeași finalitate: protecția justițiabilului.

Astfel, dacă în textul Convenției Europene a Drepturilor Omului regăsim dreptul la un remediu judiciar efectiv consacrat într-o normă distinctă (art. 13), ca drept complementar dreptului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 din aceeași Convenție, el este perceput de legiuitorul UE ca parte componentă a unui drept mai larg, stipulat în art.

⁸ Cauza nr. 17120/09; în hotărârea sa din 8 aprilie 2014 pronunțată în *cauza Dhahbi*, CEDO reiterează *per a contrario*, principiile statuate în hotărârea *Vergauwen c. Belgiei* (cauza nr. 4832/04, par. 89-90), în care a respins ca inadmisibilă plângerea privind încălcarea dreptului la un proces echitabil, observând că refuzul de sesizare a CJUE a fost motivat de Curtea Constituțională din Belgia.

⁹ Pentru detalii, Fabian G., *Drept procesual al Uniunii Europene – Sedes Materiae*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 135. Rolul CJUE în cadrul procedurii preliminare este acela de a oferi o interpretare a dreptului Uniunii sau de a se pronunța cu privire la validitatea acestuia, iar nu de a aplica acest drept la situația de fapt care face obiectul procedurii principale, acest rol revenind instanței naționale.

47 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, a cărei valorificare implică încălcarea prealabilă a drepturilor și libertăților garantate de dreptul Uniunii. Spre deosebire de Cartă, care conține o prevedere generică a dreptului la un remediu efectiv, dispoziția corelativă din Convenție cuprinde o explicitare mai nuanțată, statuând că dreptul specificat poate fi valorificat, chiar și atunci când încălcarea s-ar datora unor persoane care au acționat în exercitarea atribuțiilor lor oficiale, dispoziție care în opinia noastră, s-ar putea aplica, *mutatis mutandis*, și în cazul violărilor comise în materia dreptului UE. Corelația dintre cele două norme a făcut și obiectul unei examinări comparative din partea CJUE, de pildă, în hotărârea dată recent în *cauza Tall*¹⁰, în care s-a constatat că primul paragraf al art. 47 din Cartă se întemeiază pe art. 13 din CEDO (pct. 52).

Pe de altă parte, remarcăm că sub aspect conceptual, dreptul la un remediu efectiv este unul și același cu dreptul la o cale de atac eficientă, diferențele de terminologie datorându-se traducerii diferite a textului din limba engleză în limba română, deși atât Carta, cât și Convenția, utilizează aceeași sintagmă, anume aceea de „*right to an effective remedy*.”

În lumina scopului, dar mai ales a spiritului UE, considerăm că dreptul la un remediu efectiv consacrat de art. 47, alin. (1) din Cartă trebuie înțeles *lato sensu*, respectiv ca beneficiu conferit atât pentru atacarea în justiție a unor acte emise de autorități cu încălcarea reglementărilor UE, cât și pentru declanșarea căilor de atac în fața instanțelor judecătorești ierarhic superioare, chemate să exercite controlul judiciar asupra deciziilor emise de instanțele inferioare.

Cu toate acestea, în hotărârea pronunțată în *cauza Samba Diouf*¹¹, CJUE a concluzionat că *principiul protecției jurisdicționale efective* conferă particularului un drept de acces la o instanță judecătorească, iar nu la mai multe grade de jurisdicție¹² (pct. 69 din hotărâre).

De asemenea, observăm o întrepătrundere armonioasă și o complementaritate evidentă între dispozițiile instrumentelor normative europene ce reglementează conținutul dreptului la un proces echitabil, privit ca piatră de temelie a actului de justiție, dar și ca element fundamental de protecție a justițiabilului în fața conduitelor arbitrare, pârtoare ori abuzive manifestate de agenții statali, pentru asigurarea echilibrului menit să consolideze încrederea în sistemul judiciar.

Garanțiile procesuale generale izvorâte din art. 6, par. 1 din Convenție, aplicabile deopotrivă în materie civilă și penală, aferente dreptul la judecarea cauzei în mod echitabil, public și în termen rezonabil de către o instanță independentă și imparțială constituită prin lege, sunt reunite într-o formulă mai concisă și mai sintetică în cuprinsul art. 47, alin. (2) din Cartă, acest paralelism normativ având rolul de a potența importanța acestui drept fundamental individual în ierarhia valorilor ocrotite la nivel european, dar și

¹⁰ C-239/14, Hotărârea din 17 decembrie 2015.

¹¹ C-69/10, Hotărârea din 28 iulie 2011.

¹² Din această perspectivă, sistemul de protecție al UE apare mai restrictiv în comparație cu cel existent la nivelul Consiliului Europei, care prin art. 2 din Protocolul nr. 7 al Convenției, consfințește *principiul dublului grad de jurisdicție în materie penală*. A se vedea, spre exemplu, hotărârea CEDO în *cauza Grecu c. României* (cauza nr. 75101/01, hotărârea din 30 noiembrie 2006), în care s-a constatat încălcarea dreptului la un grad dublu de jurisdicție în materie penală, decurgând din inexistența în dreptul național a unor norme de reglementare a căilor de atac împotriva hotărârilor pronunțate în primă instanță.

de a-i facilita exercițiul în raporturile cu organele judiciare, care devin obligate să respecte exigențele unei proceduri echitabile, sub toate aspectele. În doctrină s-a afirmat că dreptul la un proces echitabil a devenit în mod progresiv un drept substanțial, evoluție datorată literalmente elanului său care l-a condus la a oferi o garanție formală și apoi la a proteja drepturile substanțiale, mergând chiar dincolo de drepturile garantate expres de Convenție¹³.

Ca și în cazul Convenției, garanțiile dreptului la un proces echitabil configurate în art. 47 din Cartă se completează cu cele consacrate jurisprudențial, cum este *principiul contradictorialității*, explicat de CJUE în hotărârea dată în *cauza Banif Plus*¹⁴, în care s-a arătat că garanția respectivă nu conferă fiecărei părți la un proces doar dreptul de a lua cunoștință de înscrisurile și de observațiile prezentate de partea adversă în fața instanței și de a le discuta, ci implică și dreptul părților de a lua cunoștință și de a discuta motivele de drept invocate din oficiu de instanță pe care aceasta intenționează să își întemeieze decizia (pct. 30).

Noțiunea de „proces echitabil” capătă însă o protecție sporită și un conținut mai complex în cazul art. 47, alin. (2) și (3) din Cartă, în raport cu art. 6 par. 3 din Convenție, sub aspectul dreptului la apărare, înțeles ca parte intrinsecă a unei proceduri echitabile și explicat ca „posibilitate acordată oricărei persoane de a fi consiliată, apărută și reprezentată,” inclusiv sub forma dreptului la asistență judiciară gratuită, „acordată celor care nu dispun de resurse suficiente, în măsura în care aceasta este necesară pentru a le asigura accesul efectiv la justiție”.

Altfel spus, în viziunea sistemului UE de protecție a drepturilor omului, dreptul la apărare este perceput ca fiind o componentă esențială, un instrument indispensabil al accesului la un proces echitabil, indiferent de natura lui, pentru eficientizarea căruia s-a resimțit necesitatea încorporării dreptului la asistență judiciară gratuită într-o normă distinctă, de sine-stătătoare.

Examinarea comparativă a celor două dispoziții ne conduce la concluzia că, spre deosebire de art. 6 din Convenție, care reglementează într-o manieră expresă dreptul la apărare (inclusiv dreptul la asistență juridică gratuită) doar în cazul acuzațiilor în materie penală, art. 47 și 48 din Cartă oferă o astfel de garanție specială oricărei persoane participante în proces, fără a distinge cu privire la natura litigiului sau a calității persoanei solicitante de asistență sau reprezentare juridică, ceea ce semnifică faptul că textul Cartei poate fi invocat ca temei juridic și poate suplini inexistența reglementării unui astfel de beneficiu în textul Convenției, în sfera litigiilor civile.

Astfel, în *cauza DEB Deutsche Energiehandels c. Germaniei*¹⁵, CJUE a statuat, soluționând o cerere de trimitere preliminară, că „*principiul protecției jurisdicționale efective, astfel cum este consacrat la art. 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, trebuie să fie interpretat în sensul că nu este exclus ca acesta să fie invocat de persoane juridice și că asistența acordată în temeiul acestui principiu poate să acopere, printre altele, scutirea de la plata avansului din cheltuielile de procedură și/sau asistența unui avocat*”. Instanța europeană a lăsat însă la latitudinea magistratului

¹³ Renucci J-F., *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 380-381.

¹⁴ C-472/11, Hotărârea din 21 februarie 2013.

¹⁵ C-279/09, hotărârea din 22 decembrie 2010.

național, prerogativa de verificare a condițiilor acordării asistenței judiciare, prin prisma scopului legitim și raportului rezonabil de proporționalitate între mijloacele utilizate și scopul urmărit, dar și prin raportare la obiectul litigiului, șansele de succes și miza urmărită de reclamant, complexitatea dreptului și a procedurii aplicabile, iar în cazul persoanelor juridice, forma și scopul lucrativ și nelucrativ, capacitatea financiară a acționarilor și asociațiilor, ca și posibilitatea de a-și procura sumele aferente introducerii acțiunii în justiție.

Observația prezintă relevanță, întrucât, în absența unei dispoziții care să consacre *expressis verbis* dreptul la apărare și implicit dreptul la asistență juridică gratuită în materie civilă în textul Convenției, transpunerea practică a acestor garanții s-a realizat, doar prin prisma jurisprudenței CEDO cristalizate în această materie¹⁶, care a conturat o serie de reguli diriguitoare și repere destinate creării unui cadru adecvat de asigurare a facilităților privind apărarea calificată, prin intermediul avocaților.

În egală măsură, remarca noastră prezintă însemnătate și din perspectiva insuficienței aplicării a dreptului UE în plan intern, în contextul în care studiul practicii judiciare interne referitoare la ajutorul public judiciar relevă faptul că într-o majoritate covârșitoare, instanțele judecătorești naționale s-au dovedit extrem de reticente în a reține incidența prevederilor Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene în hotărârile judecătorești pronunțate, fie din considerentul necunoașterii lor și a jurisprudenței relevante CJUE, fie ca urmare a înlăturării lor implicite, prin aplicarea prioritară a dreptului intern (O.U.G. nr. 51/2008¹⁷) ori a jurisprudenței CEDO în domeniul ajutorului public judiciar.

În același timp, dreptul la asistență și reprezentare juridică, afirmat într-o manieră generică în cuprinsul art. 47, alin. (2) și (3) din Cartă, se completează cu dreptul la apărare a cărui respectare trebuie garantată acuzaților, potrivit art. 48, alin. (2) din același act. Din această perspectivă, textul convențional cuprinde un ansamblu mai vast de garanții decât cele stipulate de Cartă, susceptibile de a edifica un sistem consolidat de protecție împotriva arbitrariului și excesului de putere, care nu se limitează doar la dreptul acuzatului de a se apăra și de a beneficia de serviciile unui avocat ales sau desemnat din oficiu, dar implică și dreptul la informare asupra naturii și cauzei acuzației, dreptul de a dispune de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării, ca și dreptul de a audia martorii apărării în aceleași condiții ca și martorii acuzării, toate aceste componente formând un tot unitar care potențează substanța procesului echitabil.

¹⁶ A se vedea în acest sens, în materie civilă, cu titlu exemplificativ, *Bertuzzi c. Franței* (cauza nr. 36378/97, hotărârea din 13 februarie 2003) ori în materie penală, *A.T. c. Luxemburg* (cauza nr. 30460/13, hotărârea din 9 aprilie 2015), *Dvorski c. Croației* (cauza nr. 25703/11, hotărârea din 20 octombrie 2015), *Borg. c. Maltei* (cauza nr. 37537/13, hotărârea din 12 ianuarie 2016), în care CEDO a constatat existența unei încălcări a art. 6, par. 3 din Convenție, decurgând din omisiunea Statelor de a le garanta petenților dreptul de a fi asistați de apărător.

¹⁷ Act normativ publicat în M. Of. nr. 327 din 25 aprilie 2008 și adoptat în vederea transunerii Directivei Consiliului Uniunii Europene 2003/8/CE privind îmbunătățirea accesului la justiție în cazul litigiilor transfrontaliere, prin stabilirea de reguli minimale comune referitoare la asistența judiciară acordată în cadrul acestor categorii de cauze. Prin art. 6 lit. a) din Ordonanță se prevede între altele, ca formă a ajutorului public judiciar, plata onorariului pentru asigurarea reprezentării, asistenței juridice, și după caz, a apărării, printr-un avocat numit sau ales, pentru realizarea sau ocrotirea unui drept ori interes legitim în justiție sau pentru prevenirea unui litigiu.

Aplicarea judicioasă a acestor principii transpare și din jurisprudența relevantă a CJUE, din care menționăm hotărârea dată în *cauza M.M.*¹⁸, în care instanța europeană a statuat că respectarea dreptului la apărare constituie un principiu fundamental al dreptului Uniunii și a afirmat importanța dreptului de a fi ascultat și conținutul său foarte larg în ordinea juridică a Uniunii, considerând că acest drept trebuie să se aplice oricărei proceduri susceptibile de a conduce la un act cauzator de prejudiciu și implică posibilitatea petentului să își exprime în mod util și efectiv punctul de vedere în cursul procedurii administrative și înainte de adoptarea oricărei decizii susceptibile să îi afecteze în mod defavorabil interesele (pct. 81, 85 și 87 din hotărârea evocată).

Cercetarea detaliată a celor două instrumente juridice europene evidențiază o diferență de abordare și în privința *prezumției de nevinovăție*, pe care art. 6, par. 2 din Convenție o califică drept o garanție specială a procesului echitabil, conferită persoanelor acuzate de comiterea unor infracțiuni, în vreme ce art. 48 alin. (1) din Cartă o individualizează ca drept de sine-stătător, disociat de cel la un proces echitabil instituit în favoarea oricărui acuzat pe care Statul l-ar putea trage la răspundere, ceea ce ne determină să considerăm că în optica UE beneficiul dreptului operează nu doar în materie penală, cât și în sferă contravențională, disciplinară, administrativ-fiscală sau chiar civilă ori comercială.

În sprijinul celor afirmate, facem trimitere expresă la hotărârea pronunțată de CJUE în *cauza Eturas și alții*¹⁹, prin care s-a reiterat că prezumția de nevinovăție constituie un principiu general al dreptului Uniunii, prevăzut la art. 48 alin. (1) din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, pe care statele membre sunt obligate să îl respecte atunci când aplică dreptul concurenței al Uniunii (pct. 38).

Garanția generală din Cartă a fost completată, prin adoptarea Directivei (UE) 2016/343 a Parlamentului European și a Consiliului din 9 martie 2016 privind consolidarea anumitor aspecte ale prezumției de nevinovăție și a dreptului de a fi prezent la proces în cadrul procedurilor penale²⁰, a cărei aplicabilitate se limitează strict în cazul persoanelor fizice, suspectate sau acuzate în cadrul procedurilor penale, în toate fazele procesuale, până la rămânerea definitivă a hotărârii prin care se stabilește vinovăția sau nevinovăția, fără a avea incidență în cazul procedurilor civile sau administrative, inclusiv atunci când procedurile administrative pot conduce la sancțiuni (art. 2).

Acest act întregeste garanțiile dreptului la un proces echitabil consfințit prin alte trei directive anterioare, anume Directiva 2012/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 mai 2012 privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale²¹, Directiva 2013/48/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 octombrie 2013 privind dreptul de a avea acces la un avocat în cadrul procedurilor penale și al procedurilor privind mandatul european de arestare, precum și dreptul ca o persoană terță să fie informată în urma privării de libertate și dreptul de a comunica cu persoane terțe și cu autorități consulare în timpul privării de libertate²² și Directiva 2012/29/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2012 de stabilire a unor norme

¹⁸ C-277/11, Hotărârea din 22 noiembrie 2012.

¹⁹ C-74/14, Hotărârea din 21 ianuarie 2016.

²⁰ Publicată în JOUE, L65 din 11 martie 2016.

²¹ Publicată în JOUE, L142 din 1 iunie 2012.

²² Publicată în JOUE, L 294 din 6 noiembrie 2013.

minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității și de înlocuire a Deciziei-cadru 2001/220/JAI a Consiliului²³.

Noua directivă (UE) 2016/343 consacră garanții specifice cu implicații deosebite în planul protecției dreptului la un proces echitabil, calificând *dreptul de a păstra tăcerea* și *dreptul de a nu se autoincrimina*, ca aspecte importante ale prezumției de nevinovăție (pct. 24 și 25 din preambul), pentru stabilirea încălcării cărora se stipulează că ar trebui să se țină seama de interpretarea Curții Europene a Drepturilor Omului privind dreptul la un proces echitabil în temeiul CEDO (pct. 27), o astfel de trimitere reflectând încă o dată strânsa legătură între dreptul UE și cel consacrat la nivelul Consiliului Europei. De altfel, chiar în cuprinsul pct. 48 din preambulul Directivei se prevede că nivelul de protecție stabilit de statele membre ar trebui să nu fie niciodată inferior standardelor prevăzute de Cartă sau de CEDO, astfel cum sunt interpretate de Curtea de Justiție și de Curtea Europeană a Drepturilor Omului. În aplicarea acestui principiu, legiuitorul UE statuează că dreptul de a păstra tăcerea consfințit de art. 7, alin. (1) și dreptul de a nu se autoincrimina garantat de art. 7, alin. (2) nu pot fi folosite împotriva persoanelor suspectate sau acuzate și nici nu pot constitui dovezi ale săvârșirii unor infracțiuni (art. 7, alin. (5)).

În viziunea emitentului directivei, prezumției de nevinovăție îi este corelativă obligația autorităților publice de a nu face declarații publice de natură a incrimina o persoană suspectată și acuzată de comiterea unei infracțiuni, ceea ce nu exclude dreptul acestora de a difuza informații publice privind procedurile penale, în cazurile în care este necesar din motive legate de ancheta penală sau în interes public sau să aplice măsuri de constrângere fizică, atunci când circumstanțele o impun, ori din considerente de securitate sau de împiedicare de la sustragere ori de a lua contact cu terțe persoane (art. 4 corob. cu art. 5).

Garantarea procesului echitabil transpare și din reglementarea expresă a dreptului persoanelor suspectate și acuzate de a fi prezente la proces, al cărui caracter relativ implică inclusiv posibilitatea de a renunța la exercițiul acestui drept în mod expres sau tacit, dar și de a pronunța o hotărâre de stabilire a vinovăției sau nevinovăției în absența celui vizat, cu condiția informării sale de către autorități, prin citarea personală sau informarea oficială a acesteia într-o altă modalitate, asupra datei și locului procesului, inclusiv în cazul în care a fost mandatat un avocat desemnat de cel suspectat sau acuzat ori de către Stat, care reprezintă persoana vizată (art. 8 alin. (1) și (2) din directivă rap. la pct. 33, 35, 36, 37 din preambul). De altfel, garanții similare sub aspectul prezenței acuzatului la proces, au fost evocate de CJUE și în cauze anterioare noii directive, din care menționăm *cazul Melloni precitat*, în conexiune cu exigențele aplicării mandatelor europene de arestare (pct. 49).

Dreptul la un remediu judiciar efectiv prevăzut de art. 47 din Cartă dobândește protecție consolidată, prin reglementarea în cuprinsul art. 9 din Directiva menționată anterior, a dreptului la un nou proces sau la o altă cale de atac, care permite reexaminarea pe fond a cauzei, inclusiv examinarea unor probe noi care ar putea conduce la anularea hotărârii inițiale, în cazul persoanelor care nu au fost prezente la propriul proces, iar Statul nu le-a informat în timp util cu privire la proces și la consecințele neprezentării,

²³ Publicată în JOUE, L 315 din 14 noiembrie 2012.

sau nu le-a asigurat reprezentarea prin avocat, ulterior informării prealabile despre existența aceluși proces.

Cercetarea cazuisticii recente a CJUE privind dreptul la un remediu efectiv și la un proces echitabil evidențiază mai mult decât oricând, influența decisivă a sistemului de protecție a drepturilor omului creat la nivelul Consiliului Europei asupra modalității de concepere, interpretare și aplicare a dreptului UE, aspect rezultat nu doar din referirile concrete la principiile cristalizate în jurisprudența CEDO referitoare la garanțiile procesuale, dar și din considerentele avute în vedere prin deciziile date în soluționarea unor cereri de trimitere preliminară, care întăresc și reafirmă rolul primordial ocupat de valorile sociale ocrotite prin Convenția Europeană a Drepturilor Omului și în ierarhia priorităților legiuitorului unional. În egală măsură, raportul de complementaritate și interdependență dintre cele două sisteme se confirmă și prin recunoașterea eficacității dreptului UE și a jurisprudenței relevante a CJUE chiar de către CEDO, un exemplu elocvent în acest sens reprezentându-l hotărârea dată în cauza *Avotins c. Letoniei*²⁴, în care Curtea de la Strasbourg a reiterat faptul că statele contractante își mențin obligațiile asumate în mod liber prin aderarea la Convenție, chiar și atunci când fac aplicarea dreptului UE (par. 101) și că mecanismul de control al respectării drepturilor fundamentale individuale prevăzut de dreptul Uniunii Europene asigură o protecție comparabilă sau echivalentă cu cea oferită de Convenție²⁵ (par. 104, 109).

În acest context, le revine instanțelor judecătorești interne să aplice într-o manieră coerentă, previzibilă și unitară jurisprudența CEDO și CJUE, în deplină concordanță cu scopul, dar mai ales cu spiritul ce se degajă din Convenție și Cartă, în vederea atingerii obiectivului respectării supremației drepturilor omului în statul de drept.

²⁴ Cauza nr. 17502/07, hotărârea din 23 mai 2016.

²⁵ CEDO a reamintit unele considerente reținute în cauza *Bosphorus c. Irlandei* (cauza nr. 45036/98, hotărârea din 30 iunie 2005, par. 160-165), aplicând așa-numita *prezumție Bosphorus* (prezumție de protecție echivalentă).

INFLUENȚA CURȚII EUROPENE DE JUSTIȚIE ASUPRA DREPTULUI ROMÂNESC

Viorel TATU*

Abstract:

The purpose of this research is to reveal the significance of the European Court of Justice for the European Union Law, but particularly for our national one. It takes its point of departure in the general approach that the European Court of Justice bears the responsibility and the monopoly of interpretation the Common Law in order to have a uniform application in Member States of EU, an essential premise of integration. This article analyses some cases related to the consequences of direct application of the common law if there is any conflict with the national provisions. Member States should take into consideration practical solutions for any preliminary request to be addressed to the European Court of Justice only through the Constitutional Court.

Keywords: union, tempus regit actum, unconstitutionality, legal certainty, financial correction

I. Considerente teoretice

Pe fondul existenței, la nivelul Uniunii Europene, a unor sisteme juridice diferite (cel anglo-saxon și cel romano-germanic) „dreptul comunitar a dezvoltat o rețea de izvoare adaptate specificului naturii lui juridice, clasificarea fiind făcută între izvoare scrise interne (dreptul originar, dreptul derivat, acte atipice) și externe (acorduri încheiate de UE, acorduri liant ale UE) și între izvoare nescrise interne (principiile generale ale dreptului comunitar, jurisprudența, practica instituțiilor UE) și externe (cutuma internațională)”¹.

În calitate de creatoare de jurisprudență la nivel unional, Curtea Europeană de Justiție a fost înființată în anul 1952 și este, în acest moment, o instanță cu caracter permanent, cu sediul la Luxemburg.

Ca instituție unională, deține competențe în asigurarea uniformității interpretării și aplicării dreptului unional și în soluționarea litigiilor care implică statele membre, instituțiile comunitare, companiile și persoanele fizice din spațiul Uniunii Europene iar hotărârile pronunțate de această autoritate sunt obligatorii în ceea ce privește modul în care se interpretează dispozițiile dreptului UE.

Așa după cum s-a afirmat în doctrină², Curtea Europeană de Justiție „are responsabilitatea și, totodată, monopolul interpretării dreptului comunitar în scopul aplicării sale uniforme în toate statele membre ale UE – premisă esențială a integrării.”

În acest sens, Curtea Europeană de Justiție este o „**instituție supranațională** (suprastatală)”.

* Doctorand, Academia de Științe Economice București; e-mail ttviorel@yahoo.com

¹ Popescu S., Manea L., *Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene între sistemul de drept anglo-saxon și cel romano-germanic*, în Buletin de informare legislativă nr. 2/2012, București, 2012, p. 04.

² Dumitrașcu M.A., *Dreptul Uniunii Europene și specificitatea acestuia*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 178.

În raport de atribuții, poate fi numită „**instanță internațională în sens clasic**”, apare în ipostaza unei „**curți constituționale**”, îndeplinește rolul unei „**instanțe de contencios administrativ**” și al unei „**instanțe de muncă**”, apare ca o „**instanță civilă**” iar în anumite cazuri deține competențele unei „**instanțe de arbitraj**” sau ale unei „**instanțe supreme**”³.

Curtea Europeană de Justiție „*este o instituție comunitară aflată pe picior de egalitate cu Consiliul, Comisia sau Parlamentul European, este o jurisdicție care nu ocupă nici vârful, nici centrul unei organizări jurisdicționale diversificate. Judecător administrativ, dar, în același timp, constituțional, Curtea nu trebuie doar să vegheze la menținerea unui echilibru instituțional, a cărei componentă este și ea însăși, și să controleze legalitatea deciziilor unei administrații a cărei misiune, esențialmente economică, presupune o marjă mare de discreționar; Curtea trebuie, de asemenea, să ofere dreptului UE singura interpretare care este cu adevărat autentică*”⁴.

Pentru acuratețe, trebuie făcută precizarea potrivit căreia, în prezentul articol va fi analizată influența Curții Europene de Justiție asupra jurisprudenței naționale, ca efect al soluționării acțiunilor introduse pentru pronunțarea unor hotărâri preliminare asupra validității sau interpretării unui act comunitar, în cadrul unor procese aflate pe rolul instanțelor naționale (acțiune preliminară).

Conform unei definiții doctrinare⁵, „*acțiunea preliminară este o acțiune de drept unional prin care o instanță națională din statele membre ale Uniunii Europene poate sau este obligată să solicite CJUE acordarea unui sprijin prin luarea unei decizii privind interpretarea tratatelor de înființare, privind valabilitatea și interpretarea actelor normative adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile UE și EURATOM, în cazul în care într-un litigiu pendinte în fața sa are îndoieli privind interpretarea tratatelor sau interpretarea și validitatea dreptului unional secundar și clarificarea acestei probleme de către CJUE contribuie la soluționarea litigiului în fond.*”

În acest context, potrivit **art. 267 din Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene** (ex-art. 234 TCE) Curtea Europeană de Justiție este competentă să se pronunțe, cu titlu preliminar, cu privire la:

- (a) interpretarea tratatelor;
- (b) validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii;

În cazul în care o asemenea chestiune se invocă în fața unei instanțe dintr-un stat membru, această instanță poate, în cazul în care apreciază că o decizie în această privință îi este necesară pentru a pronunța o hotărâre, să ceară Curții să se pronunțe cu privire la această chestiune.

³ Fabian G., *Drept instituțional al Uniunii Europene*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 238 și urm.; a se vedea și Demaret P., *Le juge et le jugement dans l'Europe d'aujourd'hui: la Cour de justice des communautés européennes*, p. 318-319, în colecția coordonată de Jacob R., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, col. Droit et société, LGDJ, Paris, 1996.

⁴ Bouluois J., *Apropos de la fonction normative de la jurisprudence: remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, articol apărut în publicația *Mélanges offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public*, Bd. 1, LGDJ, Paris, 1974, pp. 149-162.

⁵ Fabian G., *op. cit.*, p. 404.

În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe naționale ale cărei decizii nu sunt supuse vreunei căi de atac în dreptul intern, această instanță este obligată să sesizeze Curtea.

În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe judecătorești naționale privind o persoană supusă unei măsuri privative de libertate, Curtea hotărăște în cel mai scurt termen.

În mod evident „rolul Curții Europene de Justiție nu este de a aplica dreptul pe fond, ci doar de a preciza interpretarea obiectivă, independentă de orice aspect legat de speța în cauză (cel puțin la nivel strict teoretic). Este, însă, adevărat, în același timp, că frontiera între aplicare și interpretare este, uneori, greu de stabilit. În realitate, o lectură atentă a hotărârilor Curții Europene de Justiție arată că este perfect informată asupra faptelor și nu ezită să le utilizeze pentru a preciza cadrul în care își situează interpretarea”⁶.

Cu titlu de exemplu, tocmai pentru a reliefa aspectele de ordin teoretic menționate anterior, indicăm hotărârea din **cauza 20/64 SARL Albatros contre Société des pétroles et des combustibles liquides (Sopéco)**, pronunțată la data de 04 februarie 1965, în cuprinsul căreia Curtea Europeană de Justiție definește acțiunea preliminară ca fiind „cooperarea judiciară (...) prin care jurisdicția națională și Curtea de justiție în ordinea juridică în cadrul căreia sunt competente, sunt chemate să contribuie direct și reciproc la elaborarea unei decizii în vederea asigurării aplicării uniforme a dreptului comunitar în ansamblul statelor membre.”

De asemenea, într-o altă speță de notorietate, în **cauza 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SA** din data de 09 martie 1978, unde a fost solicitată să se pronunțe cu privire la consecințele aplicabilității directe a dreptului comunitar în cazul unui conflict cu eventuale dispoziții naționale contrare, instanța unională a apreciat (în cuprinsul **pct. 22**) că „ar fi incompatibilă cu cerințele inerente ale înseși naturii dreptului comunitar orice dispoziție dintr-o ordine juridică națională sau orice practică legislativă, administrativă sau judiciară, ce ar avea ca efect diminuarea eficienței dreptului comunitar prin faptul de a nega instanței competente să aplice acest drept prerogativa de a face, chiar în momentul acestei aplicări, tot ceea ce este necesar pentru a înlătura dispozițiile legislative naționale care ar constitui eventual un obstacol în calea eficienței depline a normelor comunitare.”

Mai mult decât atât, în cuprinsul **pct. 24** din aceeași hotărâre, Curtea Europeană de Justiție precizează, în mod imperativ, faptul că „instanța națională care trebuie să aplice, în cadrul competenței sale, dispozițiile de drept comunitar are obligația de a asigura efectul deplin al acestor norme, înlăturând, dacă este necesar, din oficiu aplicarea oricărei dispoziții contrare a legislației naționale, chiar ulterioare, fără a fi necesar să solicite sau să aștepte înlăturarea prealabilă a acesteia pe cale legislativă sau prin orice alt procedeu constituțional.”

Pe de altă parte, „din perspectivă federală, remarcăm faptul că instanța de la Luxemburg nu a primit competența nici de a cenzura expres curțile supreme ale statelor membre, nici de a anula o dispoziție a dreptului național contrară dreptului UE, ceea ce face din mecanismul cererii prelabile unul cvasi-federal, care completează acțiunea în anulare. Astfel, atunci când Curtea interpretează dreptul UE, fie prin intermediul cererii

⁶ Dumitrașcu M.A., *op. cit.*, p. 181.

prealabile, fie prin acțiunea în anulare, interpretarea sa are autoritatea comparabilă cu cea a unei curți constituționale, impunându-se instituțiilor UE, singura modalitate de modificare a aceste interpretări fiind prin amendarea tratatelor cu unanimitatea statelor membre (semnare și ratificare)”⁷.

II. Aspecte de ordin jurisprudențial

Potrivit **art. 66** din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare, *„activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se finalizează și se valorifică cu aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 529/2003, cu modificările și completările ulterioare.”*

În esență, pe rolul Curții de Apel Bacău s-au aflat dosare având ca obiect soluționarea unor acțiuni în contencios administrativ prin care unități administrativ teritoriale din provincie au solicitat anularea unor decizii și a unor note de neconformitate emise de o Autoritate de management a proiectului, note prin care au fost aplicate sancțiuni potrivit Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011, pentru nereguli comise înainte de intrarea în vigoare a acestui act normativ.

În două dintre aceste dosare, din oficiu, instanța de judecată a invocat și a trimis Curții Constituționale excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 66 din ordonanța de urgență indicată, apreciind că acesta contravine principiului neretroactivității legii, consacrat de dispozițiile art. 15 alin. (2) din Constituția României.

Totodată, a sesizat Curtea Europeană de Justiție cu o acțiune preliminară, în cuprinsul căreia a adresat, printre altele, următoarea întrebare: *„dacă pentru situația în care corecțiile financiare au fost aplicate cheltuielilor cofinanțate din fondurile structurale pentru nerespectarea normelor în materia achizițiilor publice, art. 2 alin. (2) din Regulamentul nr. 2988/95 coroborat cu art. 98 alin. (2) primul paragraf teza a doua din Regulamentul nr. 1083/2006, având în vedere și principiile securității juridice și încrederii legitime, se opune ca un stat membru să aplice corecții financiare reglementate printr-un act normativ intern intrat în vigoare ulterior momentului la care se pretinde că a avut loc încălcarea normelor în materia achizițiilor publice?”*

Prin **Decizia nr. 66 din data de 26 februarie 2015**, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate ridicată din oficiu de către Curtea de Apel Bacău și a constatat că prevederile art. 66 din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 66/2011 sunt neconstituționale.

Din motivarea hotărârii, apreciem ca fiind relevante următoarele paragrafe:

„27. Din analiza efectuată, Curtea reține că fapta pentru care sunt aplicate corecții financiare este definită ca „neregulă” atât în legislația națională, cât și în aceea a Uniunii Europene, având un conținut caracteristic, ce nu poate fi subsumat unei fapte penale sau contravenționale, iar corecțiile financiare, constând în speță în reduceri procentuale, reprezintă măsuri administrative, fără a avea caracterul unor sancțiuni penale sau contravenționale.

⁷ Demaret P., *op. cit.*

28. Având în vedere cele constatate la paragraful anterior, Curtea observă că nici prevederile Ordonanței Guvernului nr. 79/2003 și nici cele ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011, în ansamblul lor, nu se subsumează noțiunii de „lege penală sau contravențională”, pentru ca Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 să constituie, eventual, o excepție de la aplicarea principiului neretroactivității prevăzut de art. 15 alin. (2) din Constituție. Astfel, potrivit art. 141 C. pen. din 1968 ori art. 173 C. pen., precum și celor reținute prin Decizia nr. 265 din 6 mai 2014 (par. 47), publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 372 din 20 mai 2011, în sensul că „art. 1 alin. (1) C. pen. stabilește că legea penală prevede faptele care constituie infracțiuni, motiv pentru care în absența unei incriminări nu se poate vorbi de o lege penală”, Curtea observă că nici în conținutul normativ al Ordonanței Guvernului nr. 79/2003 și nici în cel al Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 nu sunt incriminate fapte care constituie infracțiuni. Observând prevederile art. 2 alin. (1) lit. b), art. 8 și 23 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, Curtea constată că în cazul existenței unor indicii de fraudă, definite ca infracțiuni săvârșite în legătură cu obținerea ori utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, incriminate de Codul penal sau legi speciale, structurile de control au obligația să sesizeze Departamentul pentru Lupta Antifraudă – DLAF și organele de urmărire penală. De asemenea, Curtea observă că, potrivit art. 1 coroborat cu art. 3 și 5 din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 410 din 25 iulie 2001, legea contravențională apără valorile sociale, care nu sunt ocrotite prin legea penală, iar actele normative prin care se stabilesc contravenții vor cuprinde descrierea faptelor ce constituie contravenții și sancțiunea ce urmează să se aplice pentru fiecare dintre acestea, sancțiune care poate fi principală: avertismentul, amenda contravențională și obligarea contravenientului la prestarea unei activități în folosul comunității, ori complementară, cum ar fi, de exemplu, suspendarea sau anularea, după caz, a avizului, acordului sau a autorizației de exercitare a unei activități, închiderea unității, blocarea contului bancar. Observând cele reținute la par. 25 din prezenta decizie, precum și din examinarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003 și Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011, Curtea constată că aceste acte normative nu reglementează în domeniul contravențional.

29. Examinând excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 66 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, Curtea constată că legiuitorul a optat pentru aplicarea prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 79/2003 numai pentru activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care sunt în desfășurare la data intrării în vigoare a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011. Acest text permite interpretarea per a contrario potrivit căreia Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 se aplică pentru activitățile de constatare a neregulilor și de stabilire a creanțelor bugetare care nu sunt în desfășurare la data intrării acesteia în vigoare, chiar dacă acestea au fost săvârșite sub imperiul Ordonanței Guvernului nr. 79/2003.

32. Curtea reține că textul de lege criticat aduce atingere principiului neretroactivității, deoarece permite aplicarea normelor de drept substanțial din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 cu privire la nereguli săvârșite în

intervalul temporal în care era în vigoare Ordonanța Guvernului nr. 79/2003, legiuitorul reglementând un criteriu greșit pentru determinarea aplicabilității noilor norme de drept substanțial, respectiv existența sau nu a unor activități de control în desfășurare la momentul intrării în vigoare a noii legi, fără a se raporta la legea în vigoare la momentul nașterii raportului juridic. Rezultă așadar că raportul juridic este supus reglementărilor legale în vigoare la data nașterii sale, schimbarea ulterioară a condițiilor legale neavând nicio influență asupra legalității acestuia. În consecință, Curtea constată că art. 66 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 este neconstituțional, fiind contrar art. 15 alin. (2) din Constituție.

*33. Curtea constată că, urmare a admiterii excepției de neconstituționalitate, calificarea neregulii și stabilirea creanțelor bugetare se vor face în temeiul actului normativ în vigoare la data săvârșirii neregulii potrivit principiului *tempus regit actum*, așadar fără a se putea combina dispozițiile de drept substanțial din Ordonanța Guvernului nr. 79/2003 cu cele ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011, în vreme ce procedura urmată de organele de control va fi cea reglementată prin actul normativ în vigoare la data efectuării controlului.”*

În raport de considerentele arătate se impun a fi iterate prevederile **art. 31 alin. (1) din Legea nr. 47/1992** privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora „*decizia prin care se constată neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe ori a unei dispoziții dintr-o lege sau dintr-o ordonanță în vigoare este definitivă și obligatorie*”, precum și dispozițiile **art. 31 alin. (3) din același act normativ**, în conformitate cu care „*dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare constatate ca fiind neconstituționale își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale, dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pune de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept.*”

Pe de altă parte, prin **Hotărârea Curții Europene de Justiție, pronunțată la data de 26 mai 2016**, (deci ulterior încetării efectelor art. 66 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011) se reține, în esență, în cuprinsul pct. 57 din decizie faptul că „*reiese din cele ce precedă că trebuie să se răspundă la a patra întrebare în cauza C-260/14 că principiile securității juridice și protecției încrederii legitime trebuie interpretate în sensul că nu se opun aplicării de către un stat membru a unor corecții financiare reglementate printr-un act normativ intern intrat în vigoare după ce a avut loc o pretinsă încălcare a unor dispoziții în materia atribuirii unor contracte de achiziții publice, cu condiția să fie vorba despre aplicarea unei reglementări noi la efectele viitoare ale unor situații apărute sub imperiul reglementării anterioare, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, care trebuie să țină seama de ansamblul împrejurărilor relevante din litigiile principale*” și se declară, în concluzie: „*principiile securității juridice și protecției încrederii legitime trebuie interpretate în sensul că nu se opun aplicării de către un stat membru a unor corecții financiare reglementate printr-un act normativ intern intrat în vigoare după ce a avut loc o pretinsă încălcare a unor dispoziții în materia atribuirii unor contracte de achiziții publice, cu condiția să fie vorba despre aplicarea unei reglementări noi la efectele viitoare ale unor situații apărute sub imperiul reglementării anterioare, aspect a cărui*

verificare este de competența instanței de trimitere, care trebuie să țină seama de ansamblul împrejurărilor relevante din litigiile principale”.

Practic, analizând cele două hotărâri se poate observa cu relativă ușurință că **acestea sunt evident contradictorii**; astfel, în timp ce, în speță, Curtea Constituțională apreciază că aplicarea legii noi asupra efectelor unei legi vechi înfrânge principiul neretroactivității și constată neconstituționalitatea prevederilor respective, Curtea Europeană de Justiție decide în sens contrar și susține că, așa după cum am arătat anterior, principiile securității juridice și protecției încrederii legitime nu se opun aplicării de către un stat membru a unor corecții financiare reglementate printr-un act normativ intern intrat în vigoare după ce a avut loc o pretinsă încălcare a unor dispoziții legislative.

Poate o normă juridică să contravină legii fundamentale a statului și să fie conformă dreptului unional? Și dacă răspunsul la această întrebare este pozitiv, ce este de făcut într-o asemenea situație? Care este modalitatea de soluționare a unui dosar aflat pendinte pe rolul unei instanțe de judecată, ce are ca obiect acțiunea în anulare a unei decizii și a unei note de neconformitate și în care se invocă de părți atât hotărârea Curții Europene de Justiție, cât și Decizia Curții Constituționale?

Și apreciez ca pertinente întrebările anterioare, date fiind atât jurisprudența Curții Europene de Justiție care consacră prioritatea dreptului UE asupra tuturor actelor normative din dreptul intern, cât și obligativitatea dispozitivului și a considerentelor deciziilor definitive ale Curții Constituționale.

Într-o decizie recentă de speță, **Înalta Curte de Casație și Justiție** a soluționat, într-un mod „interesant” problemele precizate anterior.

Astfel, prin Decizia nr. 2168 din data de 07 iulie 2016 instanța supremă a respins calea de atac formulată de către persoana vătămată de emiterea unei decizii și a unei note de neconformitate și a reținut, în esență următoarele:

„Real este că prin Decizia Curții Constituționale nr. 66/2015, s-a constatat că dispozițiile art. 66 din O.U.G. nr. 66/2011 sunt neconstituționale.

Astfel cum s-a reținut și anterior, controlul s-a desfășurat ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, la fel și constatarea neregulii, iar contractul nr. 331 asupra căruia au fost stabilite corecțiile, a fost încheiat la 26 septembrie 2011, însă neregulile sunt anterioare acestei date și datei intrării în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011.

În eventualitatea în care controlul s-ar fi desfășurat sub incidența vechii reglementări legale (O.G. nr. 79/2003), atunci întreaga sumă decontată de autoritatea contractantă, pentru realizarea unui contract atribuit cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice devenea neeligibilă și asupra ei, în integralitate, se putea emite un titlu de creanță (respectiv o corecție de 100%).

Problema de drept care se impune a fi dezlegată în cauză, în contextul de fapt prezentat este dacă legea nouă poate fi aplicată și efectelor viitoare ale unor situații apărute sub imperiul legii vechi, respectiv O.G. nr. 79/2003.

Se impune a sublinia jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care, în cauza C 89/14, A2A, din data de 3 septembrie 2015 a statuat că deși principiul securității juridice se opune aplicării retroactive a unui regulament, același principiu impune ca legea nouă să poată fi aplicată în lipsa unei derogări, și efectelor viitoare ale unor situații apărute sub imperiul legii vechi.

De asemenea, cu privire la această problemă a fost sesizată Curtea de Justiție a Uniunii Europene, care, făcând referire la jurisprudența sa anterioară, s-a pronunțat prin Hotărârea din 26 mai 2016 în cauzele conexe C-260/14 și C-261/14 (...).

Hotărârea CJUE este obligatorie pentru instanța națională, fiind îndeplinită în cauză condiția ca noile reglementări să fie aplicate efectelor viitoare ale unor situații apărute sub imperiul reglementării anterioare.

Mai mult, la data săvârșirii neregulii, dar și în prezent era și este în vigoare Regulamentul (CE) nr. 1083/2006, care se aplică direct, fiind parte a legislației naționale, în temeiul acestuia fiind emisă și O.U.G. nr. 66/2011.

Prin urmare, stabilirea corecțiilor în conformitate cu acest regulament și cu prevederile O.U.G. nr. 66/2011, respectă principiul securității juridice și protecției încrederii legitime.

De altfel, autorității contractante îi revine obligația și responsabilitatea respectării dispozițiilor legale, inclusiv în ceea ce privește derularea procedurii de achiziție, pe toată perioada de implementare și monitorizare a contractului/proiectului, astfel că efectele neregulilor nu sunt limitate în timp, pentru a fi excluse controlului și implicit aplicării corecțiilor financiare, după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 66/2011, care oricum, instituie o situație favorabilă, urmare a aplicării principiului proporționalității.

În concluzie având în vedere că O.U.G. nr. 66/2011 a fost emisă în temeiul Regulamentului (CE) nr. 1083/2006, controlul fiind efectuat după intrarea în vigoare a acestei ordonanțe, pentru nereguli săvârșite anterior acesteia, precum și Hotărârea CJUE din 26 mai 2016 în cauzele conexe C 260-14 și C-261/14, este corectă aplicarea unei corecții financiare reglementată prin noul act normativ, astfel că este nefondată critica privind încălcarea neretroactivității legii noi și implicit incidența în cauză a dispozițiilor O.U.G. nr. 66/2011.

Pentru toate considerentele prezentate, Înalta Curte stabilește că actele administrative fiscale atacate în cauză sunt legale și temeinice, acțiunea reclamantului fiind neîntemeiată sub toate aspectele.”

Dincolo de modalitatea interesantă de soluționare, în mod implicit, a evidentului conflict între decizia Curții Constituționale și Hotărârea Curții Europene de Justiție, rămâne discutabilă, cel puțin din punctul meu de vedere, afirmația Înaltei Curți potrivit căreia Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 a fost emisă în temeiul Regulamentului (CE) nr. 1083/2006.

Astfel, după cum se cunoaște „statelor membre le este interzisă orice acțiune legislativă prin intermediul căreia regulamentele să fie preluate (în sens de transpunere) în dreptul intern și este interzis orice paralelism, în sens de dublare între normele naționale și prevederile unui regulament”⁸.

Mai mult decât atât, în condițiile în care legalitatea unui act administrativ este analizată din perspectiva conformității sale cu actele normative în temeiul cărora acesta a fost emis iar acest temei de drept (art. 66 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011) a fost invalidat de Curtea Constituțională cum se poate justifica temeinicia deciziei și a notei de neconformitate numai prin raportate la regulament, făcându-se abstracție în motivare de decizia Curții Constituționale, fără a se justifica, în niciun fel, această modalitate de soluționare a cauzei?

⁸ Dumitrașcu M.A., *op. cit.*, p. 201.

Dincolo de toate aceste discuții, poate ar fi nevoie, *de lege ferenda*, de identificarea unor soluții care să conducă la imposibilitatea apariției, în practică, a unor situații de genul celei prezentate, una dintre acestea putând fi, de exemplu, ca orice cerere preliminară să fie adresată Curții Europene de Justiție numai prin intermediul Curții Constituționale sau, într-un alt context, apariția unei norme juridice prin care să fie interzisă sesizarea simultană atât a Curții Constituționale, cât și a Curții Europene de Justiție, cu aceeași problemă de drept.

NOILE MIJLOACE DE LUPĂ ÎMPOTRIVA FRAUDEI ȘI EVAZIUNII FISCALE ÎN CADRUL UNIUNII EUROPENE ȘI LA NIVEL INTERNAȚIONAL. IMPACTUL ASUPRA DREPTULUI NAȚIONAL*

*dr. Arina DRAGODAN**

Abstract:

Fraud and tax evasion presents particular attention because it affects us all, having a cross-border dimension. While national measures are important, they can never succeed alone. In Member States and at European and international level there is now concern for finding the best legal means to fight this calamity. The EU and Member States need to work more together and internationally to combat the problem at home and abroad.

The recent measures adopted by the European Commission, and those taken on the international level, situate the good fiscal governance among the means of fighting this phenomenon, appreciating that common actions on the European level are more efficient, being meant to encourage third countries as well to apply minimal standards of good fiscal governance.

At the same time, both the concept of good fiscal governance and those of tax fraud and evasion are in the focus of the researchers of the criminal and fiscal law, yet their definitions have been not precise and sometimes contradictory. The reason could be the fact that they were analyzed exclusively from a fiscal or criminal perspective.

In this context, we intend to highlight the contribution of good tax governance as a means of promoting effective to preventing and diminishing tax fraud and evasion both on the national and on the European and international level.

Keywords: *tax fraud and tax evasion, good fiscal governance, international cooperation, standards of good governance*

I. Conceptele de evaziune fiscală și fraudă fiscală. Lipsa consensului în definirea termenilor

Noțiunea de fraudă provine din cuvântul latin *fraus*, *fraudis*, care înseamnă înșelătorie, prejudiciu, delict¹.

Termenul de evaziune fiscală este ambiguu. Sensul său general este acela de sustragere de la plata impozitelor prin ascunderea patrimoniului personal ori a unei părți

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. Investește în Oameni!

* Cercetător postdoctorat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: arina_dragodan@yahoo.com.

¹ Boboiu, E. – *Dicționar Latin-Român-Latin*, <http://www.limbalatina.ro/dictionar.php?cuvant=frauda&limba=rom>

din acesta sau a unei activități într-o altă țară (expresia „paradis fiscal” fiind frecvent folosită ca noțiune apropiată evaziunii fiscale) fără ca cetățeanul respectiv să emigreze (acest lucru ar fi, așadar, o expatriere fiscală)².

Potrivit unei definiții date de un dicționar juridic³, fraudă fiscală este fapta de a se sustrage sau încercarea de a se sustrage în mod fraudulos de la plata, totală sau parțială, a impozitului.

În planul cercetării științifice interpretarea conceptelor de fraudă și evaziune fiscală se află în atenția doctrinarilor din domeniul dreptului penal și fiscal, însă definițiile date de aceștia au fost imprecise și uneori contradictorii, conceptele fiind analizate fie exclusiv din punct de vedere al dreptului fiscal, fie exclusiv din punct de vedere penal. De asemenea, nu există un consens cu privire la definirea elementelor-cheie ale acestui concept nici în plan legislativ, în plan științific încercându-se definirea acestora în lipsa unei definiții legale.

În opinia noastră, în cazul infracțiunilor prevăzute de legislația privind prevenirea și combaterea evaziunii fiscale ar trebui să fie avut în vedere, în primul rând, raportul dintre normele procesual penale și cele fiscale.

Totodată, menționăm că evaziunea fiscală este definită de Comisia europeană⁴ ca fiind o situație care se produce atunci când anumite companii utilizează o planificare fiscală agresivă, în scopul de a minimiza povara fiscală. Aceasta implică, de multe ori companiile care exploatează lacunele juridice ale sistemelor de impozitare și neconcordanțe între normele naționale pentru a schimba în mod artificial profiturile către jurisdicții cu sisteme de impozitare reduse sau cu impozitare zero.

În ceea ce privește legislația românească actuală, aceasta nu dă o definiție expresă a noțiunii de evaziune fiscală, legea-cadru⁵ limitându-se la a enumera faptele care constituie infracțiunea de evaziune fiscală.

În literatura juridică au fost date mai multe definiții fraudei și evaziunii fiscale, unii autori făcând o distincție între cele două noțiuni⁶.

Astfel că, pentru Maurice Duverger, fraudă fiscală nu este decât o formă a evaziunii fiscale. De fapt, noțiunea de evaziune este mai largă decât cea de fraudă: fraudă nu este decât un caz particular de evaziune. Într-adevăr, ne putem sustrage impozitelor prin încălcarea legilor, aceasta este fraudă. Dar, de asemenea, se pot evita impozitele în limitele legii: aceasta este așa-zisa evaziune legală. În diferitele manifestări ale antifiscalismului, fraudă fiscală ocupă un loc oarecum singular, în măsura în care, pe de o parte, de obicei, ea provine dintr-un act pur individual, dar pe de altă parte, ea nu are alt obiect pentru persoana care o practică decât de a scăpa de sacrificiul fiscal.

Este considerată a fi fraudă fiscală atunci când cineva se sustrage în mod fraudulos sau încearcă să se sustragă de la impunerea sau plata totală sau parțială a impozitelor, fie că acesta a omis de a declara în termenul de prescripție, fie că el a acționat voit în a

² http://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89vasion_fiscale.

³ Lecours, A., P. – *Dictionnaire Juridique (Dicționar juridic)*, <http://www.lecourshebert.com/dictionary/details/6214>

⁴ https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/tax-transparency-package_en

⁵ Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, publicată în JOUE nr. 672 din 27 iulie 2005, cu modificările și completările ulterioare.

⁶ A se vedea pe larg Arina Dragodan, *Combaterea fraudei și evaziunii fiscale: noile măsuri luate la nivel național, european și internațional*, în *Revista finanțe publice și contabilitate* nr. 2/2014, pp. 36-50.

declara voluntar doar o parte a sumelor, fie că și-a declarat insolvabilitatea sau a îngreunat prin diferite mijloace colectarea impozitelor, fie folosind alte mijloace frauduloase⁷.

Și doctrina românească face o distincție între evaziunea și fraudă fiscală.

Profesorii D. Șaguna și D. Șova⁸ evidențiază confuzia terminologică, care este cu atât mai importantă cu cât aceleași cuvinte au sensuri diferite de la autor la autor. Totuși, cel mai adesea, fraudă fiscală desemnează, *stricto sensu*, o infracțiune la lege și se distinge de evaziunea fiscală care s-ar putea defini și ca o utilizare abilă a posibilităților oferite de lege. Sunt însă cazuri când anumiți autori asimilează, în parte, cele două noțiuni.

II. Consolidarea luptei împotriva evaziunii fiscale în cadrul statelor membre ale Uniunii Europene: noile măsuri luate la nivel național

Evaziunea fiscală se întâlnește atât la nivel național, cât și la nivel internațional, constituind una dintre cele mai răspândite infracțiuni cu caracter economic. Măsurile naționale și internaționale adoptate pentru combaterea fraudei și evaziunii fiscale continuă să se dezvolte pentru a ține pasul cu acest flagel. Astfel că, la nivel național, majoritatea statelor membre ale Uniunii Europene au luat măsuri legislative privind combaterea acestui flagel.

România

Legea supremă, Constituția⁹, stabilește, la art. 22, în sarcina cetățenilor o obligație generală de a contribui, prin impozite și taxe, la cheltuielile publice, principalele obligații fiscale fiind enumerate în Codul de procedură fiscală¹⁰.

Legea nr. 87/1994¹¹ pentru combaterea evaziunii fiscale, abrogată în prezent, dădea o definiție evaziunii fiscale, aceasta reprezentând sustragerea prin orice mijloace de la impunerea sau de la plata impozitelor, taxelor, contribuțiilor și a altor sume datorate bugetului de stat, bugetelor locale, bugetului asigurărilor sociale de stat și bugetelor fondurilor speciale de către persoanele fizice și persoanele juridice române sau străine, denumite în cuprinsul legii contribuabili.

În schimb, în reglementarea actuală, legiuitorul român nu oferă o definiție expresă a noțiunii de evaziune fiscală, Legea nr. 241/2005¹² pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, cu modificările și completările ulterioare, se limitează la a enumera faptele care constituie infracțiunea de evaziune fiscală și prevede pedepse pentru fiecare dintre acestea.

Astfel că, în ceea ce privește situația pe plan național, apreciem că lacunele legislative (cum ar fi problemele legate de înțelesul unor termeni și expresii sau cele

⁷ Duverger, M. citat de Disle, E., Saraf, J. – *Droit Fiscal*, éd. Paris, 2004, p. 625.

⁸ Șaguna, D., D., Șova, D., *Drept fiscal*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 281.

⁹ Constituția României din 31 octombrie 2003, publicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

¹⁰ Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, publicată în M. Of. nr. 547 din 23 iulie 2015, cu modificările și completările ulterioare.

¹¹ Legea nr. 87 din 18 octombrie 1994 pentru combaterea evaziunii fiscale (M. Of. nr. 299 din 24 octombrie 1994), act normativ abrogat de Legea nr. 241/2005.

¹² Legea nr. 241 din 15 iulie 2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale publicată, în M. Of. nr. 72 din 27 iulie 2005, cu modificările și completările ulterioare.

privind încadrarea juridică a unor fapte prevăzute de legea penală) ar trebui remediate pentru a oferi un cadru legal adecvat amplitudinii acestui fenomen.

Cu privire la restructurarea instituțională, în România anul 2013 a fost anul marii reorganizări și a regionalizării administrației fiscale prin înființarea la nivel regional a opt Direcții Generale Regionale ale Finanțelor Publice (DGRFP) și la nivelul județelor a Administrațiilor Județene ale Finanțelor Publice (AJFP), ca urmare a desființării direcțiilor generale județene și a administrațiilor finanțelor publice (AFP-urilor).

Tot în anul 2013, România și-a consolidat lupta împotriva fraudei fiscale.

Actul normativ care reglementează reorganizarea administrației fiscale, în contextul regionalizării, îl reprezintă Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 74/2013¹³ care a intrat în vigoare la 29 iunie 2013. Principalele modificări prevăzute în actul normativ au fost înființarea unei noi structuri, Direcția generală antifraudă fiscală cu atribuții de prevenire și combatere a actelor și faptelor de evaziune fiscală și fraudă fiscală și vamală și desființarea celor 42 direcții județene ale finanțelor publice, în locul acestora înființându-se opt direcții generale regionale ale finanțelor publice.

O altă măsură luată recent de guvern în domeniul reducerii evaziunii fiscale este crearea Codul economic, aflat în curs de elaborare în prezent, care va include Codul fiscal, Codul de procedură fiscală, Legea societăților comerciale și Legea evaziunii fiscale.

Belgia

Belgia, ca majoritatea statelor membre, și-a arătat preocuparea sa pentru consolidarea luptei împotriva fraudei fiscale. În acest scop, în cursul anului 2013, a prezentat un nou pachet de măsuri în lupta contra fraudei fiscale care se regăsesc în Legea din 15 iulie 2013 privind dispozițiile urgente în lupta împotriva fraudei fiscale¹⁴, care a modificat Legea din 11 ianuarie 1993 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor și finanțării terorismului.

Printre principalele sale dispoziții¹⁵ se numără: definirea infracțiunii de fraudă fiscală gravă, în formă organizată sau nu, eficientizarea schimbului instituțional de informații, limitarea plăților în numerar etc.

De asemenea, în luna decembrie 2015 guvernul belgian a prezentat planul său de acțiune pentru a lupta împotriva fraudei fiscale¹⁶.

Franța

Egalitatea în fața impozitului și consimțirea la impozit sunt două mari principii fondatoare care garantează democrația în Franța. Frauda fiscală provoacă daune morale și financiare grave pentru societate în ansamblul său, care lovește pactul republican.

¹³ O.U.G. nr. 74 din 26 iunie 2013 privind unele măsuri pentru îmbunătățirea și reorganizarea activității Agenției Naționale de Administrare Fiscală, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, publicată în M. Of. nr. 389 din 29 iunie 2013.

¹⁴ Legea din 15 iulie 2013 privind dispozițiile urgente în lupta împotriva fraudei fiscale, *Moniteur Belge* din 19 iulie 2013, p. 45.431, http://www.ccecrb.fgov.be/Suivi_accord_gouvernemental/2013-21081.pdf.

¹⁵ Van Geel, C., Regout, M., *Intensification de la lutte contre la fraude fiscale*, 9 august 2013, <http://www.legalworld.be/legalworld/intensification-lutte-contre-fraude-fiscale.html?LangType=2060>.

¹⁶ Sursa: <http://www.gouvernement.fr/action/la-lutte-contre-la-fraude-et-l-evasion-fiscale>.

Acțiunile Franței la nivel internațional au contribuit la convingerea statelor care erau paradisuri fiscale să coopereze, noile măsuri adoptate pe plan intern reflectând această determinare.

În dreptul francez, sancțiunile pentru infracțiunea de fraudă fiscală sunt prevăzute la secțiunea care reglementează sancțiunile penale, art. 1741 din Codul general al impozitelor¹⁷, care dă și o definiție a acestei infracțiuni, dispunând că: „Oricine s-a sustras în mod fraudulos sau a încercat să se sustragă de la stabilirea sau plata totală sau parțială a impozitelor reglementate de Codul general al impozitelor, fie că a omis cu intenție să declare în termenul de prescripție, fie că a ascuns cu intenție o parte din sumele care trebuiau impozitate, fie că și-a organizat insolabilitatea sau a împiedicat prin alte mijloace colectarea impozitului, sau care acționează în orice alt mod fraudulos, este pedepsit, indiferent de sancțiunile fiscale aplicabile, cu o amendă de 500.000 € și cu închisoare de cinci ani”.

Franța este una dintre țările care în ultimul timp au găsit mijloace puternice pentru a lupta împotriva fraudei fiscale, a mării criminalități economice și financiare și a paradisurilor fiscale.

În acest sens, în luna decembrie 2013 au fost adoptate și publicate două legi anti-fraudă fiscală:

Legea nr. 2013-1117 din 6 decembrie 2013¹⁸, care aduce mai multe modificări Codului de procedură penală, Codului penal, Codului general al impozitelor, Codului vamal, cât și Codului (Cărții) de proceduri fiscale. Este înființat Oficiul Central pentru lupta împotriva corupției și evaziunii fiscale¹⁹.

Legea organică nr. 2013-1115 din 06 decembrie 2013²⁰ care prevedea crearea instituției parchetului național financiar condus de un procuror financiar al Republicii cu competență națională privind lupta împotriva corupției și a evaziunii fiscale și a unui parchet financiar de la 1 februarie 2014.

După 3 ani de la înființarea sa, parchetul național financiar, compus din 16 magistrați specializați, condus de un procuror financiar al republicii și-a dovedit utilitatea, tratând în prezent 115 dosare de fraudă fiscală. După crearea sa și până în prezent au fost deschise 178 de dosare de fraudă fiscală²¹.

III. Lupta împotriva fraudei și evaziunii fiscale – măsuri recente luate la nivel european și internațional (buna guvernare fiscală)

Suveranitatea fiscală se numără printre drepturile suverane fundamentale ale statelor membre ale UE care, în acest domeniu, au conferit UE doar competențe limitate. Întrucât procesul de elaborare a normelor UE în domeniul fiscal este orientat spre funcționarea lipsită de impedimente a pieței unice, armonizarea normelor privind impozitarea

¹⁷ Codul general al impozitelor, <http://legifrance.gouv.fr/>.

¹⁸ Legea nr. 2013-1117 din 6 decembrie 2013 privind lupta împotriva fraudei fiscale și a marii delincvențe economice și financiare, Jurnalul Oficial al Republicii Franceze din 7 decembrie 2013, NOR: JUSX1310649L.

¹⁹ L'Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales creat prin Decretul din 25 octombrie 2013.

²⁰ Legea organică nr. 2013-1115 din 06 decembrie 2013 privind procurorul financiar al Republicii publicată în JORF n°0284 din 7 decembrie 2013.

²¹ <http://www.economie.gouv.fr/infographie-parquet-national-financier>.

indirectă a debutat într-o etapă mai timpurie și, spre deosebire de normele privind impozitele directe, a presupus o revizuire mai aprofundată a reglementărilor în vigoare. În paralel cu aceste eforturi, UE își intensifică lupta împotriva evaziunii și a eludării fiscale, care constituie o amenințare la adresa concurenței loiale și sunt cauza unui deficit bugetar major. În conformitate cu tratatul, măsurile fiscale trebuie adoptate de statele membre cu unanimitate. Politica fiscală este influențată, în mare măsură, de jurisprudența Curții Europene de Justiție, iar Parlamentul European dispune, în această privință, de dreptul de a fi consultat, excepție făcând chestiunile bugetare, în cazul cărora, în calitatea sa de autoritate bugetară, Parlamentul împarte competențele decizionale cu Consiliul. Combaterea eludării fiscale și a planificării fiscale agresive reprezintă o provocare cheie. Îmbunătățirea cooperării și a coordonării și sporirea transparenței în relațiile dintre statele membre ale UE în domeniul politicii fiscale le-ar permite statelor membre să evite pierderile semnificative de venituri și ar contribui la asigurarea unui nivel mai ridicat de echitate la nivelul Uniunii²².

De asemenea, măsurile recente adoptate de Comisia Europeană, cât și cele luate la nivel internațional plasează buna guvernare fiscală printre mijloacele de luptă împotriva fraudei și evaziunii fiscale, apreciindu-se²³ că, întrucât acest flagel se produce în interiorul frontierelor unui stat, dar traversează mai multe state atât din cadrul Uniunii Europene, cât și dincolo de granițele sale, eforturile unui singur stat nu sunt de ajuns pentru a lupta eficient. În acest sens, la nivel european și internațional conceptul de bună guvernare fiscală este tot mai des pusă în dezbatere în instituțiile europene și internaționale, fiind elaborate standarde minime de bună guvernare fiscală și existând totodată preocupări pentru găsirea celor mai bune mijloace juridice de combatere a flagelului fraudei și evaziunii fiscale. Astfel, în anul 2013 au fost create structuri noi cum ar fi Eurofisc²⁴ și Platforma pentru bună guvernare fiscală, planificare fiscală agresivă și dublă impunere²⁵.

Promovarea bunei guvernări în domeniul fiscal presupune acțiuni atât la nivelul Uniunii Europene, cât și la nivelul statelor membre. Astfel, că dacă buna guvernare în domeniul fiscal se va îmbunătăți în interiorul Uniunii Europene, statele membre vor beneficia de aceasta.

La începutul anului 2016, în cadrul acțiunilor sale pentru promovarea bunei guvernări fiscale, Uniunea Europeană a elaborat un pachet de măsuri²⁶ privind combaterea evaziunii fiscale care fac parte din programul ambițios al Comisiei pentru o fiscalitate a companiilor mai echilibrată, mai simplă și mai eficace în cadrul Uniunii. Pachetul include măsuri concrete pentru combaterea planificării fiscale agresive, îmbunătățirea transparenței fiscale și pentru stabilirea unei concurențe fiscale loiale pentru toate companiile din Uniunea Europeană. Uniunea a apreciat că acest pachet de

²² Parlamentul European-Politica fiscală general http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/ro/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.11.1.html

²³ http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/tax-cooperation-control/administrative-cooperation/vat-administrative-cooperation_en.

²⁴ http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/tax-cooperation-control/administrative-cooperation/vat-administrative-cooperation_en.

²⁵ http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/tax-good-governance/platform-tax-good-governance_fr.

²⁶ http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en.

măsurile va ajuta statele membre să ia măsuri ferme și coordonate împotriva evaziunii fiscale.

Printre aceste măsuri se află și **Propunerea de Directivă a Consiliului de stabilire a normelor împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale care afectează în mod direct funcționarea pieței interne** [COM/2016/026 final – 2016/011 (CNS)]²⁷ având la bază concluziile Consiliului European din 18 decembrie 2014 care subliniau „nevoia urgentă de intensificare a eforturilor de combatere a evaziunii fiscale și a planificării fiscale agresive, atât la nivel mondial, cât și la nivelul Uniunii”. Această directivă stabilește norme comune minime de combatere a practicilor de evitare a obligațiilor fiscale care afectează în mod direct funcționarea pieței interne, respectiv norme de combatere a erodării bazei impozabile și transferul profiturilor convenite în cadrul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE).

Aceasta face parte din pachetul de măsuri împotriva evitării obligațiilor fiscale al Comisiei, care abordează o serie de noi evoluții și priorități politice importante în materie de impozitare a societăților comerciale, care necesită un răspuns rapid la nivelul UE.

În ceea ce privește poziția României cu privire la această propunere de directivă, Parlamentul și-a exprimat opinia²⁸ în sensul că a apreciat faptul că textul propunerii Comisiei doar stabilește norme bazate pe principii, lăsând detaliile de punere în aplicare în seama statelor membre, creându-se astfel condiții egale privind protecția minimă în toate sistemele de impozitare a întreprinderilor din statele membre și totodată, consideră că această inițiativă va contribui semnificativ la remodelarea normelor fiscale europene de contracarare a practicilor evazioniste practicate, în special, de companiile multinaționale. De asemenea, a considerat că propunerea de directivă vizează situațiile în care contribuabilii acționează, fără să respecte legislația, în scopul de a-și reduce contribuțiile fiscale, denaturând astfel deciziile de afaceri din interiorul pieței interne și contribuind la crearea unui mediu de concurență fiscală neloială. În acest caz, Parlamentul este de acord cu regula generală anti-abuz propusă menționându-se că România are deja introdusă în legislația națională²⁹ o asemenea regulă.

Țara noastră a apreciat, de asemenea, că prin aplicarea normelor acestei directive se va asigura coerența și se vor evita discrepanțele. Totodată, însă, este necesar ca inconsecvențele și lacunele punerii în aplicare de către statele membre să dispară.

La 12 iulie 2016 a fost adoptată Directiva (UE) 2016/1164³⁰ de stabilire a normelor împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale care au incidență directă asupra funcționării pieței interne, care se aplică tuturor contribuabililor care sunt supuși impozitului pe profit în unul sau mai multe state membre, inclusiv sediilor permanente din unul sau mai multe state membre ale entităților cu rezidența fiscală într-o țară terță.

²⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0026>.

²⁸ Parlamentul României-Camera Deputaților, Opinia privind Propunerea de Directivă a Consiliului de stabilire a normelor împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale care afectează în mod direct funcționarea pieței interne, COM (2016) 26, nr. 4-19/584/8 iunie 2016, http://www.cdep.ro/eu/docs/F-335687878/Opinia_CAE_COM%282016%29_26.pdf

²⁹ Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, publicată în M. Of. nr. 688 din 10 septembrie 2015, art. 11.

³⁰ Directiva (UE) 2016/1164 a Consiliului din 12 iulie 2016 de stabilire a normelor împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale care au incidență directă asupra funcționării pieței interne publicată în *JO L* 193, 19 iulie 2016, p. 1-14 – <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32016L1164>.

Directiva propune șase măsuri stricte anti-abuz pe care toate statele membre vor trebui să le transpună în dreptul intern și să le pună în aplicare pentru a lupta împotriva unor forme comune de planificare fiscală agresivă, și anume: deductibilitatea dobânzii, impozitarea la ieșire, clauza „switch-over” (trecerea de la scutirea fiscală la acordarea de credite), norma generală anti-abuz, norme privind societățile străine controlate (SSC), un cadru pentru combaterea tratamentului neuniform al elementelor hibride.

În ceea ce privește transpunerea și aplicabilitatea noilor dispoziții europene, directiva dispune ca statele membre să adopte și să publice până la 31 decembrie 2018 actele cu putere de lege și actele administrative necesare pentru a se conforma directivei, iar aplicarea dispozițiilor noii directive de către statele membre se va face începând de la 1 ianuarie 2019.

Prin noile reglementări, s-a dorit să se stabilească norme pentru a consolida nivelul mediu de protecție împotriva planificării fiscale agresive în cadrul pieței interne. Întrucât aceste norme ar trebui să se încadreze în 28 de sisteme naționale diferite de impozitare a societăților, directiva prevede că ele ar trebui să se limiteze la dispoziții generale și să lase punerea lor în aplicare în seama statelor membre, având în vedere că acestea sunt mai bine plasate pentru a defini elementele specifice ale normelor în modul cel mai potrivit pentru sistemele lor de impozitare a societăților. Acest obiectiv a fost atins prin crearea unui nivel minim de protecție a sistemelor naționale de impozitare a societăților împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale în întreaga Uniune.

Așa cum s-a apreciat în doctrină „transpunerea unei directive în dreptul intern nu obligă adoptarea unor norme specifice exprese, fiind suficient un context juridic general favorabil atingerii aceluia rezultat”³¹.

De asemenea, normele generale antiabuz din sistemele de impozitare au rolul de a combate practicile abuzive în acest domeniu care nu au fost încă reglementate prin dispoziții specifice. În plus, directiva a fost elaborată considerându-se că este important să se asigure că normele generale antiabuz se aplică pe plan național, în interiorul Uniunii și în raport cu țările terțe într-un mod uniform, astfel încât domeniul lor de aplicare și rezultatele aplicării în situațiile interne și transfrontaliere să nu difere. Statele membre nu ar trebui împiedicate să aplice sancțiuni în cazurile în care norma generală antiabuz este aplicabilă.

În cadrul luptei împotriva fraudei și evaziunii fiscale un rol important îl are și Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică³² în cadrul căreia au fost elaborate convenții care cuprind prevederi referitoare la standardele internaționale privind transparența și schimbul de informații în domeniul fiscal, oferind toate formele posibile de cooperare fiscală pentru combatere fraudei și evaziunii fiscale, o prioritate pentru toate statele.

De asemenea, în Statele Unite, legea FATCA, prin obiectivul său de consolidare a luptei contra fraudei și evaziunii fiscale la nivel internațional, se înscrie în mișcarea globală de luptă activă contra acestui flagel.

³¹ M. Mazilu-Babel, G. Zănfir, *Invocarea și aplicarea directivelor Uniunii Europene în dreptul intern – Directiva – obligația de rezultat impusă (I)*, Pandectele Române, nr. 3/2013, dar și Hotărârea din 5 iulie 2007, Kofoed, cauza C-321/05, Rep., p. I-5795, pct. 44 „transpunerea unei directive poate fi, în funcție de conținutul acesteia, în anumite cazuri, îndeplinită prin existența unui context juridic general, astfel încât nu este necesară o preluare oficială și expresă a dispozițiilor directivei în cadrul dispozițiilor naționale specifice”.

³² <http://www.oecd.org/fr/eco/finances-publiques/publicationsdocuments/workingpapers/>

Concluzii

Armonizarea fiscală directă în Uniunea Europeană a avut de obicei un ritm lent și un domeniu de aplicare limitat. Timp de decenii, statele membre și-au asigurat păstrarea suveranității lor fiscale, afișând o reticență puternică în a conveni asupra unor soluții comune în acest domeniu atât de sensibil. Unele propuneri care au stat mulți ani pe o agendă politică a UE, au progresat acum. Cu toate acestea, această dinamică pare să se fi schimbat în mod dramatic, ca răspuns la recente priorități de stabilire a normelor împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale și pentru transparență fiscală. Progresele realizate până în prezent în direcția punerii lor în aplicare pare a fi ca fiind fără precedent³³.

Acest lucru s-a întâmplat pentru că, așa cum bine se știe, colectarea impozitelor și taxelor, precum și lupta împotriva fraudei și evaziunii fiscale sunt competențe ale statelor membre ale Uniunii Europene. Cu toate acestea, într-o lume în care globalizarea progresează, Uniunea Europeană și statele membre trebuie să lucreze împreună atât în cadrul Uniunii, cât și pe plan internațional alături de celelalte state terțe pentru a combate acest flagel.

În lupta contra evaziunii fiscale, cooperarea internațională prin buna guvernare fiscală joacă un rol esențial, schimbul de informații între administrațiile fiscale ale statelor fiind fundamental.

Ca urmare, noile mijloace de luptă împotriva fraudei și evaziunii fiscale adoptate în cadrul Uniunii Europene și la nivel internațional oferă statelor membre un cadru juridic și instrumentele necesare pentru a aborda în mod eficient problemele de fiscalitate transfrontalieră, cât și pentru a face schimb de cele mai bune practici.

În domeniul fiscal, Uniunea Europeană acceptă existența legislațiilor diferite ale statelor membre ca o consecință a suveranității fiscale. La rândul lor, politicile fiscale naționale diferă de la un stat membru la altul, cooperarea internațională rămânând singura cale de interacțiune între state care să asigure o luptă eficientă împotriva fraudei și evaziunii fiscale internaționale.

Având în vedere faptul că unul dintre principalele obiective ale Directivei (UE) 2016/1164 a Consiliului este acela de a îmbunătăți rezistența pieței interne în ansamblul său la practicile transfrontaliere de evitare a obligațiilor fiscale, acest lucru nu poate fi realizat în mod satisfăcător de către statele membre prin acțiuni individuale. Sistemele naționale de impozitare a societăților sunt diferite și acțiunile independente ale statelor membre nu ar face decât să reproducă fragmentarea actuală a pieței interne în domeniul impozitării directe. Astfel, ele ar perpetua lipsa de eficacitate și denaturările care apar la interacțiunea dintre o serie de măsuri naționale distincte. Ar apărea astfel o lipsă de coordonare. În schimb, dat fiind că cele mai multe cazuri de ineficiență pe piața internă dau naștere în primul rând la probleme de natură transfrontalieră, măsurile de remediere au fost adoptate la nivelul Uniunii. Prin urmare, a fost esențial a se adopta soluții care funcționează pentru piața internă în ansamblu, iar acest lucru nu a putut fi realizat mai bine decât la nivelul Uniunii, în conformitate cu principiul subsidiarității stabilit la art. 5 din Tratatul privind Uniunea Europeană. În conformitate cu principiul proporționalității,

³³ Anzhela Cédelle, The EU Anti-Tax Avoidance Directive: A UK Perspective, British Tax Review Issue 4, 2016, p. 490, http://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Docs/Publications/Working_Papers/Series-16/WP1614.pdf.

astfel cum este stabilit la articolul menționat, directiva nu depășește ceea ce este necesar pentru a atinge obiectivul respectiv. Prin stabilirea unui nivel minim de protecție pentru piața internă, această directivă are ca scop obținerea doar a gradului minim esențial de coordonare în cadrul Uniunii pentru realizarea obiectivelor sale³⁴.

În acest sens, s-a apreciat³⁵ că, măsura de armonizare la nivelul UE a acestui domeniu creează o protecție mai puternică din perspectiva pieței interne; totuși, aceasta prezintă, de asemenea, unele riscuri. În timp ce țările din afara UE analizează în continuare dacă, cum și când să pună în aplicare măsurile relevante de combatere a erodării bazei impozabile și transferului profiturilor (BEPS), UE în ansamblu devine o entitate care adoptă de timpuriu recomandărilor G20-OCDE. Acordul dintre statele membre cu privire la proiectarea de măsuri anti-evaziune este bazat pe o cerință votată în unanimitate: un acord unanim al tuturor statelor membre trebuie să fie asigurat înainte de orice, chiar dacă după încheierea acestuia mai pot fi făcute mici ajustări ale standardelor minime.

³⁴ A se vedea preambulul Directivei (UE) 2016/1164 a Consiliului din 12 iulie 2016, mai sus citată

³⁵ Anzhela Cédelle, *op. cit.*, p. 493.

10 ANI DE LA ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ, 6 LUNI DE LA BREXIT – *QUO VADIS?*

Alexandra STĂNCIULESCU*

Abstract:

Third Millennium, XXI Century, 2017 – The European Union is a recognized subject of international law, an important actor within the international relations and an unique economic and political organization in the world, which brings together 28 member states. The initial purpose of its creation, in 1951, was to eliminate the possibility of an outbreak of world war by establishing a comprehensive framework for the economic, political and social cooperation between European states. The formation process of the European Union has been a lengthy one, which has undergone many changes, both qualitative and quantitative. Each country had to meet certain conditions in order to be accepted in the European Union, but also, had to undergo a long integration process. The efforts to maintain the stability of the relations between EU members, but also between them and the European Union, have encountered a blockage in the previous year. The review of the UK's EU membership status has led to what we call today, the Brexit. How did the road of UK looked like between the end of World War II and now and which were the compromises that were accepted? The following article will give us the answer. Compared to Great Britain, what was Romania's behavior during its 10 years of EU membership, but also before joining the EU? You will find the answer below.

Keywords: member state, accession, european integration, Romania, Great Britain

„Există un remediu care, ... în câțiva ani, ar face Europa ... liberă și ... fericită. Acesta presupune recrearea familiei europene, cel puțin în măsura în care acest lucru este posibil, și dotarea ei cu o structură care să-i poată permite să trăiască în pace, siguranță și libertate. Trebuie să construim ceva de tipul Statelor Unite ale Europei”, spunea Winston Churchill într-unul dintre faimoasele sale discursuri, și anume cel de la Universitatea din Zurich, în 1946. Acest „remediu” despre care vorbea prim-ministrul Marii Britanii, s-a materializat în 1951, când ministrul de externe francez, Robert Schuman, a propus crearea unui autorități supranaționale, care să controleze producția de cărbune și oțel a Germaniei și Franței. Scopul evident al acestei inițiative era evitarea unei noi conflagrații mondiale prin stabilizarea relațiilor dintre cele două state, „reducând temerile Franței față de posibilele amenințări militare din partea Germaniei și legându-le printr-un cadru limitat de cooperare pașnică”¹. Cu acordul (dar mai ales cu speranța) altor patru țări, respectiv Italia, Belgia, Luxemburg și Olanda, s-au pus bazele primei comunități europene, și anume *Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului*, a cărei existență era limitată la 50 de ani, dar care funcționa de sine stătătoare, cu instituții proprii.

* Consilier juridic, Institutul Cultural Român; e-mail: alexandrastanc@gmail.com.

¹ Paul Craig, Grăinne de Búrca – *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină*, ed. a IV-a, Ed. Hamangiu, București, p. 6.

Motorul acestei asocieri era Înalta Autoritate, care avea principala putere de decizie și responsabilitate în ducerea la îndeplinire a obiectivelor prevăzute în tratatul de constituire.

Integrarea europeană avea să fie un proces amplu și complex, care presupunea cooperarea statelor fondatoare pe mai multe planuri, cel mai important fiind cel economic. Înaintarea în acest proces s-a produs în anul 1957, când au fost semnate încă două tratate care înființau două comunități europene noi, *Comunitatea Economică Europeană* (CEE) și *Comunitatea Europeană a Energiei Atomice*. Printre principalele obiective ale Comunității Economice Europene se regăseau:

- eliminarea frontierelor și a restricțiilor cantitative asupra importului și exportului de bunuri și alte măsuri cu efect echivalent;
- stabilirea unei politici comerciale comune;
- crearea unei piețe interne caracterizată prin abolirea obstacolelor din calea liberei circulații a bunurilor, persoanelor, serviciilor și capitalurilor;
- stabilirea unor politici comune în materie de agricultură și pescuit;
- armonizarea legislațiilor interne ale statelor membre în vederea funcționării unei piețe interne ș.a.

Însă, pe fondul acestui entuziasm asociativ, un actor important de pe scena europeană manifesta neîncredere în planul comunitar, având îndoieli cu privire la „calitatea” relațiilor franco-germane. În anul 1957, Marea Britanie respinge invitația statelor fondatoare de a se alătura comunității europene. Jean Monnet spunea: „Niciodată nu am înțeles de ce Marea Britanie nu a aderat. Am ajuns la concluzia ca probabil nu a făcut-o pentru că era prețul victoriei – iluzia că poți menține ce ai avut, fără schimbare”². Probabil că această gândire a determinat Marea Britanie să preia inițiativa înființării unei organizații diferite, bazată pe cooperarea în materie economică și intitulată *Asociația Europeană a Liberului Schimb* (AELS). Fondatorii acesteia au fost Austria, Marea Britanie, Danemarca, Norvegia, Portugalia, Suedia și Elveția).

AELS își propunea crearea unei zone de liber schimb, scopul inițial fiind eliminarea taxelor vamale asupra produselor industriale în comerțul dintre statele membre, reușind să contribuie în mod semnificativ la reducerea tarifelor practicate între comercianții statelor sale membre. Spre deosebire de Comunitățile Europene, AELS nu urmărea o uniune vamală, ceea ce însemna că statutul de membru era voluntar, fiecare stat putând, în principiu, să-și stabilească liber taxele vamale și politica comercială externă privind statele terțe. Acest aspect, dar și influența politică mai mare exercitată de Comunitatea Economică Europeană au jucat un rol important în preferința arătată de comercianți în stabilirea relațiilor economice.

O consecință firească a acestei situații a fost crearea contextului în care Marea Britanie a solicitat aderarea la CEE. Negocierile încep în anul 1962, dar sub auspicii dintre cele mai tensionate. Președintele francez, Charles de Gaulle, acuza statul britanic de ostilitate profundă și lipsă de entuziasm manifestate față de inițiativa europeană și avea temeri justificate că aderarea acestuia ar înlesni o dominație americană. Mai mult, de Gaulle nu uitase că Franța nu beneficiase de un statut egal în cadrul conferințelor la

² “I never understood why the British did not join. I came to the conclusion that it must have been because it was the price of victory – the illusion that you could maintain what you had, without change.” – <http://www.bbc.com/news/uk-politics-26515129>.

nivel înalt ale puterilor aliate în timpul războiului. Prin urmare, președintele francez și-a exercitat dreptul de veto, anunțând respingerea candidaturii Marii Britanii în ianuarie 1963. O nouă solicitare de aderare a fost depusă în 1967, dar tot Franța a avut un rol decisiv, respingând cererea pentru a doua oară. După plecarea lui Charles de Gaulle de la putere, în anul 1973, Comunitatea Economică Europeană a reușit să se extindă, ajungând la 9 membri, printre care Marea Britanie, Irlanda și Danemarca.

Doi ani mai târziu, în 1975, în Marea Britanie se desfășura primul referendum național care supunea votului următoarea întrebare: „Credeți că Regatul Unit ar trebui să rămână în Comunitatea Europeană (Piața Unică)?”³. Atunci, peste 67% dintre participanți au votat pentru rămânerea în familia europeană. În același an, Marea Britanie obține unele concesiuni referitoare la participarea sa la bugetul comunitar și la regimul importurilor de lapte din Noua Zeelandă.

Spre deosebire de scepticismul manifestat de Marea Britanie față de scopul și obiectivele stabilite de către Comunitățile europene, România a avut o orientare pro-europeană, începând de la Nicolae Titulescu. Marele diplomat a susținut proiectul de Uniune Europeană propus de ministrul de externe francez Aristide Briand în anul 1930 și a enunțat principii precum cooperarea economică a statelor europene și libera circulație a mărfurilor și persoanelor. În noua realitate geopolitică survenită după încheierea războiului, „România a fost primul stat din Europa Centrală și de Est care a stabilit relații oficiale cu Comunitatea Europeană atât în perioada comunistă, cât și imediat după prăbușirea acestor regimuri. De asemenea, a fost primul stat din blocul estic care, prin semnarea unor acorduri economice și de cooperare instituțională, a recunoscut de jure Comunitatea Economică Europeană ca subiect de drept internațional”⁴.

Parcursul Marii Britanii în cadrul Uniunii Europene nu a fost tocmai unul liniar, ci a întâmpinat dificultăți în numeroase situații, care au produs efecte atât de natură politică, cât și juridică, o parte având un impact semnificativ asupra funcționării Uniunii Europene. Un prim caz s-a concretizat în jurul anilor '80, când Europa s-a confruntat cu un blocaj în domeniul bugetar și în cel agricol. Soluția a venit în anul 1984, când, în urma Summit-ului de la Fontainebleau, șefii statelor membre au adoptat un pachet de măsuri relevante acestor domenii. Una dintre cele mai importante decizii a avut în centrul atenției chiar Marea Britanie:

„1. Orice stat membru care suportă o sarcină bugetară care este excesivă în raport cu prosperitatea sa relativă ar putea beneficia de o corecție la momentul corespunzător. Baza acestei corecții reprezintă diferența dintre cota din plățile TVA și cota cheltuielilor alocate în conformitate cu prezentele criterii.

2. În ceea ce privește Regatul Unit, se adoptă următorul aranjament:

- pentru anul 1984, este fixată o sumă forfetară de 1000 de milioane de ecus⁵;
- începând cu anul 1985, diferența (baza corecției) așa cum este definită la pct. 1 este, pentru perioada menționată la pct. 4, corectată anual la 66%;

³ “Do you think the UK should stay in the European Community (Common Market)?” – <https://www.theguardian.com/politics/2016/feb/25/britains-1975-europe-referendum-what-was-it-like-last-time>

⁴ Luciana Ghica, *România și Uniunea Europeană*, Ed. Meronia, București, 2006, p. 31.

⁵ Ecus = European Currency Unit.

3. Corecțiile prevăzute la pct. 2 vor fi deduse din cota TVA obișnuită a Marii Britanii pentru anul bugetar următor celui în care corecția este acordată. Costul rezultat pentru celelalte state membre va fi împărțit între ele în funcție de cota TVA obișnuită a acestora, ajustată pentru a permite cotei RFG⁶ să devină 2/3 din cota TVA proprie;

4. Formula de corecție prevăzută la pct. 2 (par. 2) va face parte din decizia de majorare a plafonului TVA la 1,4%, durata lor fiind în strânsă legătură”⁷. În acest fel, Marea Britanie a obținut o victorie importantă împotriva Bruxelles-ului.

În aceeași perioadă, România începea negocierile în vederea încheierii unui acord privind cooperarea economică și comercială cu CEE, dar din cauza situației politice și economice instabile, acestea sunt întrerupte în 1988. Anul următor, Consiliul cere României să-și respecte angajamentele asumate în cadrul Conferinței pentru Securitate și Cooperare în Europa, iar Parlamentul European solicită Comunității reexaminarea relațiilor cu România din cauza politicii sale interne⁸. La 30 ianuarie 1991, Comisia Europeană acordă României statutul de invitat special pe lângă Comunitatea Europeană.

La 1 februarie 1993 este semnat *Acordul European instituind o asociere între România, pe de o parte și Comunitățile Europene și statele membre ale acestora, pe de altă parte*. La 22 iunie 1995, România înaintează cererea oficială de aderare la Uniunea Europeană. Treptat, toate criteriile necesare pentru a deveni membru al Uniunii Europene au fost îndeplinite și de România, motiv pentru care la 22 februarie 2005, Comisia Europeană aviza favorabil semnarea *Tratatului de aderare a României și Bulgariei la Uniunea Europeană*. Criteriile menționate anterior nu erau diferențiate în funcție de statul candidat, ci erau obligatorii pentru orice țară interesată să adere, acestea fiind: stabilitatea instituțiilor care garantează democrația, statul de drept, drepturile omului și respectarea și protejarea minorităților; o economie de piață funcțională și capacitatea de a face față concurenței și forțelor pieței din cadrul Uniunii Europene; abilitatea de a-și asuma și de a pune în aplicare în mod eficace obligațiile asociate calității de stat membru, inclusiv obiectivele uniunii politice, economice și monetare. Aceste criterii de eligibilitate sunt cunoscute sub denumirea de „criteriile de la Copenhaga”, întrucât au fost definite de Consiliul European care a avut loc în Copenhaga în iunie 1993.

Observăm că, deși criteriile de aderare au fost stabilite expres în anul 1993, procesul de integrare a unui stat candidat în Uniunea Europeană se derula în mod similar și înainte de această dată. Prin urmare, observăm că atât Marea Britanie, cât și România, au purtat negocieri în vederea aderării prin care s-au determinat condițiile fundamentale privind adoptarea *acquis*-ul și eventualele aranjamente de tranziție, care au fost strict delimitate în timp, dar și condițiile de aplicabilitate ale acestora. În ambele cazuri, rezultatele negocierilor au fost încorporate în proiectul tratatelor de aderare.

Uniunea Europeană a apărut odată cu semnarea *Tratatului de la Maastricht*, care a creat această entitate sui generis, bazată pe trei piloni: pilonul I – pilonul comunitar, pilonul II – politică externă și de securitate comună și pilonul III – justiție și afaceri interne. Principalul obiectiv al acestui tratat a fost crearea Uniunii Economice și Monetare. Pentru a facilita realizarea acestui obiectiv, care implica inclusiv introducerea unei monede unice, în 1979 a fost introdus *Mecanismul European al Ratelor de Schimb*

⁶ Republica Federală Germania.

⁷ Traducere proprie din Concluziile Consiliului European – Fontainebleau, 25-26 iunie 1984.

⁸ Luciana Ghica, *România și Uniunea Europeană*, Ed. Meronia, București, 2006, p. 34.

ca parte a Sistemului Monetar European, care avea drept scop reducerea variabilității cursului de schimb și atingerea stabilității monetare în Europa.

În 1990, Marea Britanie se alătură Mecanismului European al Ratelor de Schimb. În 1992, înainte de semnarea Tratatului de la Maastricht, guvernul britanic își rezervă dreptul de a decide dacă va introduce moneda unică europeană, euro. Nereușind să mențină cursul lirei sterline la o valoare ridicată, moneda a fost retrasă din Mecanismul European al Ratelor de Schimb, iar Marea Britanie a fost suspendată ca membru al acestui sistem. Ziua de 16 septembrie 1992 a rămas cunoscută în istorie ca „Miercurea neagră”. A doua rezervă a statului britanic la Tratatul de la Maastricht a vizat nesemnarea Protocolului Social, care avea ca obiective promovarea angajării, îmbunătățirea condițiilor de trai și de muncă, protecție socială adecvată, dialogul social, dezvoltarea resurselor umane în vederea asigurării unui nivel înalt și sustenabil de angajare și integrarea persoanelor excluse de pe piața de muncă.

Cât privește progresul României cu privire la aderarea la moneda unică, euro, conform ultimului raport de convergență din anul 2016, țara noastră în continuare nu îndeplinește criteriul cursului de schimb, leul neparticipând la Mecanismul European al Ratelor de Schimb. Mai precis, în lipsa stabilirii unei parități centrale în jurul căreia cursul monedei naționale să nu varieze mai mult de plus/minus 15 procente în așa-numita antecameră Euro, niciun stat membru, care nu a decis o dată de aderare la zona euro și nu a intrat în ERMII⁹, nu îndeplinește condiția cursului de schimb. Pe de altă parte, economia României întrunește, în totalitate, criteriile nominale cerute pentru a adera la zona euro și pentru aprofundarea integrării europene: stabilitatea prețurilor, cel al deficitului bugetar, al dobânzilor pe termen lung, inclusiv pe cel al stabilității cursului de schimb¹⁰.

Interesată în reducerea cheltuielilor legate de agricultură, în contextul pregătirii Uniunii Europene pentru extinderea cu încă 10 membri, în cadrul Summit-ului european desfășurat la Bruxelles în 2002, Marea Britanie, prin premierul său, a provocat un diferend cu Franța, prilej de care s-a folosit pentru a încerca sabotarea relației franco-germane. Un alt moment de discordie s-a petrecut în 2003, la Consiliul European de la Salonic, subiectul combaterii imigrației clandestine, fiind amendat de propunerea britanică de înființare a unor centre de tranzit în țările din afara UE pentru prelucrarea cererilor de azil. Propunerea a fost întâmpinată cu ostilitate de majoritatea partenerilor europeni, astfel încât premierul Tony Blair a fost nevoit să renunțe la idee¹¹.

În 2003 intră în vigoare *Tratatul de la Nisa* prin care se aduc mai multe modificări în cadrul celor trei piloni comunitari. Cele mai importante au fost legate, în special, de structura instituțională și decizională a Comunității, care se pregătea pentru o nouă extindere. Numărul de deputați în Parlamentul European creștea de la 700 la 732, dar numărul de locuri pentru fiecare stat membru se modifica după cum urmează: Germania – 99; **Marea Britanie** – 78; Franța – 78; Italia – 78, Spania – 54; Polonia – 54; Olanda – 27; Grecia – 24; Cehia – 24; Belgia – 24; Ungaria – 24; Portugalia – 24; Suedia – 19;

⁹ European Exchange Rate Mechanism-ERM-II.

¹⁰

<http://www.opiniiibnr.ro/index.php/macroeconomie/128-aderarea-la-euro-conditia-cursului-de-schimb-si-pasii-inapoi>.

¹¹ <http://www.idr.ro/publicatii/Policy%20Brief%202032.pdf>.

Austria – 18; Slovacia – 14; Danemarca – 14; Finlanda – 14; Irlanda – 13; Lituania – 13; Letonia – 9; Slovenia – 7; Estonia – 6; Cipru – 6; Luxembourg – 6; Malta – 5¹². Legat de ponderea voturilor în Consiliu, divergențele se mențineau între statele mici și mijlocii, pe de o parte, și cele mari, pe de altă parte. În final, s-a ajuns la un acord cu privire la „tripla majoritate”, iar voturile erau repartizate astfel: Germania, Italia, Franța și **Regatul Unit** – fiecare câte 29 de voturi; Spania – 27 de voturi; Olanda – 13 voturi; Belgia, Grecia și Portugalia – câte 12 voturi fiecare; Austria, Suedia – câte 10 voturi fiecare; Danemarca, Irlanda, Finlanda – câte 7 voturi fiecare și Luxembourg – 4 voturi.

Marea Britanie ratifică și *Tratatul de la Lisabona*, semnat în anul 2007 și intrat în vigoare în anul 2009, dar își exprimă opinia că o nouă reformă instituțională nu este esențială în contextul aderării unor noi state.

La 1 ianuarie 2007, România devine membru al Uniunii Europene, stabilindu-i-se o serie de măsuri în vederea armonizării legislației interne cu cea europeană. Dintre acestea, amintim *Mecanismul de cooperare și verificare* al cărui scop este de a asigura adoptarea acelor măsuri care să garanteze românilor și celorlalte state membre că deciziile, normele și practicile administrative și judiciare din România corespund cu cele din restul Uniunii Europene¹³.

În prezent, Parlamentul European cuprinde 751 de deputați repartizați între statele membre după cum urmează: Germania – 96, Franța – 74, Italia și **Regatul Unit** – 73, Spania – 54, Polonia – 51, **România** – 32, Țările de Jos – 26, Belgia, Grecia, Ungaria, Portugalia și Republica Cehă – 21, Suedia – 20, Suedia – 18, Suedia – 17, Finlanda, Danemarca și Slovacia – 13, Croația, Irlanda și Lituania – 11, Letonia și Slovenia – 8, Cipru, Estonia, Luxemburg și Malta – 6. Ponderea voturilor din Consiliul Uniunii Europene reflectă aproximativ mărimea populației din fiecare stat membru și este distribuită după cum urmează: Franța, Germania, Italia, **Regatul Unit**: 29 de voturi fiecare; Polonia, Spania: 27 de voturi fiecare; **România**: 14 voturi; Țările de Jos: 13 voturi; Belgia, Republica Cehă, Grecia, Portugalia, Ungaria: 12 voturi fiecare; Austria, Bulgaria, Suedia: 10 voturi fiecare; Croația, Danemarca, Finlanda, Irlanda, Lituania, Slovacia: 7 voturi fiecare; Cipru, Estonia, Letonia, Luxemburg, Slovenia: 4 voturi fiecare și Malta: 3 voturi.

Adám Keglér realizează o ierarhie a factorilor care determină puterea de influență în cadrul Consiliului în funcție de 6 elemente: poziția statului în raport de bugetul Uniunii Europene, performanțele economice ale statului respectiv, mărimea țării, greutatea politică a unui stat în cadrul Uniunii, vechimea statului membru în cadrul Uniunii Europene și poziția statului membru ca deținător al Președinției rotative a UE. Pe baza acestui model, Keglér a calculat un index al puterii de influență a statelor membre, pe care le împarte în trei grupuri principale: grupul statelor dominante, grupul statelor influente și grupul statelor care se adaptează¹⁴. Marea Britanie face parte din prima categorie, iar România din ultima.

¹² http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-03-23_en.htm.

¹³ Commission decision of 13/XII/2006 establishing a mechanism for cooperation and verification of progress in Romania to address specific benchmarks in the areas of judicial reform and the fight against corruption, Brussels, 13/XII/2006 C (2006) 6569 final.

¹⁴ Arabela Iris Șter, *Procesul decizional la nivelul Consiliului Uniunii Europene (Comportamentul României)*, Ed. EIKON, Cluj-Napoca, 2012, p. 83.

Ținând cont de aspectele prezentate mai sus, care reprezintă doar o parte din faptele care au marcat evoluția celor două țări atât înainte de aderarea la Uniunea Europeană, cât și după, s-ar putea spune că atributul principal al Marii Britanii atunci când a venit vorba de compromisuri pe teme europene (spațiul Schengen, moneda unică, piața, imigrația etc) a rămas **reticența**, spre deosebire de România pentru care definitoriu a fost **entuziasmul**.

Deși Marea Britanie a beneficiat de cele mai multe derogări de la legile comunitare, nu face parte din spațiul Schengen și nu a adoptat euro ca monedă națională, politica sa a atins paroxismul în anul 2016, atunci când, în urma referendumului organizat în data de 23 iunie, populația britanică a votat ieșirea din Uniunea Europeană, asumându-și toate consecințele ce decurg din această decizie.

În ceea ce privește România, suntem de părere că obiectivele principale care au condus la decizia de a deveni membru al UE și care guvernează, în continuare, politica privind relația noastră cu Uniunea au fost, sunt și vor rămâne creșterea nivelului de trai, a standardelor economice, sociale și politice și dezvoltarea statului sub aspectul influenței în Europa. România, astfel cum am menționat și mai sus, face parte din categoria țărilor care se adaptează, fără a se opune. La întrebarea *Quo Vadis?* încercăm un răspuns, care, deși este scurt, este departe de a fi unul simplu. Marea Britanie se întoarce la spiritul ce i-a impulsionat orientarea în 1957, iar România își dezvoltă potențialul de acțiune și influență, respectând pașii impuși.

IMPACTUL EVOLUȚIEI REGLEMENTĂRILOR EUROPENE ASUPRA ADOPTĂRII EURO ÎN ROMÂNIA

*Roxana-Daniela PĂUN**

Abstract:

The article aims to provide readers institutional and regulatory developments in Euro adoption by Member States, concluding the concrete situation in which Romania finds in it's way to the Euro adoption.

Achieving Economic and Monetary Union (EMU) and adopting euro is not just about convergence criteria stipulated in the Maastricht Treaty. Following Romania's participation in the Exchange Rate Mechanism (ERM Exchange Rate Mechanism) – (for a period of at least 2 years), it may be decided on the fulfillment of the necessary conditions for euro adoption, by the candidate countries to the Eurozone, under the EU Treaty.

The main problems regarding euro adoption mentioned by NBR officials (Valentin Lazea) are linked to the real convergence criteria (not nominal ones), or low GDP per capita and structure of the Romanian economy, where agriculture accounts for 6-7% of GDP, but use 25-30% of the workforce in Romania.

According to estimates made and confirmed by the European institutions, Romania will adopt the euro in 2019 (even 2024)

Keywords: *Euro, Eurozone, convertibility, International Monetary Fund, exchange rate fluctuations, ECU, Exchange Rate Mechanism (ERM), European Monetary Union (EMU)*

Motto:

„Dacă euro va eșua, Europa va eșua”
Angela Merkel, mai 2010

1. Introducere

Aderarea României la Uniunea Europeană la 1 ianuarie 2007 a constituit momentul de cotitură către o altă societate, altă economie și altă viață pentru cetățenii români care au devenit europeni. Dincolo de mirajul unei vieți în bunăstare, pace, liniște și armonie cu toți cetățenii europeni, viața concretă și evoluțiile în plan european și global au demonstrat că România nu a beneficiat de același tratament față de restul statelor europene. Europa „cu două viteze” a fost la început doar o imagine care era combătută vehement în unele cancelarii europene, pentru ca pe măsură ce anii au trecut să se contureze tot mai mult realitatea tratamentului diferențiat alocat României.

În acest sens, opiniile politice exprimate atât în forurile europene, dar mai ales pe culoarele instituțiilor europene (informale și neoficiale) demonstrează că, începând din

* Conf. univ. dr. Universitatea „Spiru Haret”, Facultatea de Științe juridice, Politice și Administrative București; e-mail: roxanadpaun@yahoo.com.

anul 2017, Europa trebuie să-și regândească multe dintre politicile sale privind mai ales activitatea economică.

Europa „cu două viteze” a funcționat inclusiv în privința participării statelor membre la Zona Euro. Zona a fost creată în 1999 de unsprezece țări, la care s-a alăturat Grecia în 2001, Slovenia în 2007, Cipru și Malta în 2008, Slovacia în 2009, Estonia în 2011, Letonia în 2014 și Lituania în 2015.

Astfel, în prezent, zona euro, ca zonă monetară, este formată din 19 state membre, și anume: Austria, Belgia, Cipru, Finlanda, Estonia, Franța, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburg, Malta, Olanda, Portugalia, Spania, Slovenia, Slovacia. Pe lângă acestea, 4 „micro-state”, prin acordurile monetare încheiate cu vecinii lor, sunt și ele „atașate” la zona euro: Andorra, Monaco, San Marino și Vatican. Trei state europene nu au fost de acord cu introducerea acestei monede, și anume Danemarca, Regatul Unit și Suedia. Deși aderarea la zona euro presupune acceptarea obiectivelor UEM, îndeplinirea criteriilor de convergență nu este o precondiție. Cu toate acestea, întrucât aceste criterii reprezintă indicatori ai unei politici macroeconomice generatoare de stabilitate, toate Statele Membre vor trebui, până la urmă, să le îndeplinească. Statele candidate vor participa la Uniunea Economică și Monetară (UEM) de la data aderării, deși nu vor adopta moneda euro chiar de la început. Statele candidate nu pot adopta euro imediat după aderare deoarece Tratatul impune efectuarea unei evaluări, înainte de adoptarea monedei unice, a capacității țării respective de a-și menține poziția financiară. Statele candidate nu au participat la Mecanismul Ratelor de Schimb, care nu le este deschis lor înainte de aderare. Urmare participării la Mecanismul Ratelor de Schimb (ERM – Exchange Rate Mechanism) – (pentru o perioadă de cel puțin 2 ani), poate fi luată decizia privind îndeplinirea, de către țările candidate, a condițiilor necesare adoptării monedei euro, conform Tratatului UE.

2. Evoluții instituționale privind adoptarea Euro¹

Crearea Fondului Monetar Internațional și a Băncii Internaționale pentru Reconstrucție și Dezvoltare. Cu ocazia Conferinței Bretton-Woods, New Hampshire, din 1944 s-au adoptat o serie de măsuri, s-au stabilit principii și s-au creat instituții (Fondul Monetar Internațional – FMI; Banca Internațională pentru Reconstrucție și Dezvoltare – BIRD) care să realizeze un sistem monetar internațional, bazat pe libera convertibilitate a valurilor, un cadru organizat de cooperare economică, monetară și financiară a băncilor care participă la sistemul nou creat. Acordul de la Bretton-Woods prevedea ca fiecare țară să-și fixeze o valoare paritară a monedei sale în raport cu aurul. Dolarul era valuta cheie în sistemul monetar, fiind cotelat la 1,35 uncii de aur. Țările semnatare s-au angajat să mențină valoarea paritară a valurilor lor în cadrul unei marje de +1% din paritate.

FMI a fost creat în scopul coordonării aplicării sistemului monetar internațional, dar și cu scopul de a acorda împrumuturi pe termen scurt țărilor cu dificultăți temporare ale balanței de plăți, în condițiile impuse de această instituție și legate de schimbări în politica economică internă a țării respective care să aibă ca rezultat restaurarea balanței de plăți.

¹ A se vedea Păun Roxana-Daniela, *Evoluții instituționale privind adoptarea EURO în statele membre UE cu avantaje și dezavantaje în realitățile anului 2009*, în *Analele Universității „Spiru Haret”*, Seria Științe Juridice, an 7/2009, pp. 197-208.

Sistemul Bretton-Woods prevedea un sistem de schimburi fixe, dar ajustabile; stabilirea de către fiecare țară a valorii externe a monedei sale, în aur sau în funcție de dolar, el însuși stabilit în raport cu aurul (35 de dolari uncia de aur); și stabilirea marjelor de fluctuație a monedelor în raport cu dolarul la +/-1%; posibilitatea unor realinieri, pentru a evita devalorizările competitive, în caz de „dezechilibru fundamental” al balanței de plăți. Acest sistem permitea schimbări în cursul de schimb atunci când situația economică impunea aceste schimbări, deși, în esență, acest sistem era bazat pe un curs de schimb fix. În fapt, sistemul a fost denumit „ajustabil-fix” și chiar un sistem „etalon aur-devize”, deoarece valuta cheie, dolarul, era convertibilă în aur pentru deținătorii oficiali de dolari – băncile centrale și trezoreriile. Acest sistem a funcționat în anii '50 și o parte din anii '60. După criza dolarului din 1970, datorată deficitului ridicat al balanței de plăți a SUA de la sfârșitul anilor '50, îngrijorarea marilor deținători străini de dolari a dus la o creștere a cererii de aur. Cooperarea la nivelul băncilor centrale din cadrul unui consorțiu internațional al aurului a permis stabilizarea prețului aurului la un curs oficial, cu menținerea însă a unei presiuni asupra acestuia.

Raportul Werner este prima tentativă spre o uniune monetară în Europa fiind numit după numele premierului luxemburghez Pierre Werner care a prezidat grupul de lucru care avea să întocmească acest raport, în 1970. Acest plan a schițat obiectivul uniunii monetare pentru 1980, stabilind premisele pentru realizarea Uniunii Economice și Monetare: convertibilitatea monedelor; diminuarea fluctuațiilor cursurilor de schimb până la fixarea irevocabilă a parităților; liberalizarea mișcărilor de capital.

Există o similitudine certă între acest plan și proiectul UEM de astăzi. Raportul Werner prevedea o autoritate bugetară centralizată, și nu o bancă centrală europeană, iar moneda unică rămânea doar o opțiune. Planul Werner se baza însă pe sistemul de la Bretton Woods. Deși planul nu a fost realizat în practică, câteva obiective apar ca precursori ale UEM.

În anii '70 sistemul de la Bretton-Woods s-a prăbușit și europenii au inventat un nou sistem, numit „șarpele european”. În lunile care au urmat suspendării convertibilității în aur a dolarului discuțiile care au urmat asupra viitorului sistem monetar internațional s-au încheiat cu acordurile de la Washington în decembrie 1971. Sistemul a fost lansat în aprilie 1972, dar inflația în creștere a determinat ca acesta să devină o țintă preferată de speculatori. Până în 1976, „șarpele” era format numai din Germania, Olanda, Belgia, Luxemburg și Danemarca, în timp ce Suedia și Norvegia erau membri asociați. Era de fapt un bloc al mărcii germane.

Sistemul Monetar Internațional (SMI) constituie un moment important în crearea acestui sistem îl reprezintă Conferința Monetară și Financiară Internațională de la Bretton-Woods, unde reprezentanții a 45 de state au pus bazele înțelegerii care avea să revoluționeze relațiile internaționale într-un domeniu sensibil prin excelență, și anume cel al monedei și finanțelor. Principiile fundamentale ale SMI au fost următoarele: universalitatea, orice stat care acceptă prevederile statutare putând adera la FMI și implicit, la SMI; fixitatea relativă a parităților și cursurilor valutare; convertibilitatea reciprocă a monedelor prin desființarea restricțiilor asupra plăților curente internaționale; constituirea unui volum de rezerve internaționale adecvat nevoilor de echilibrare a balanței plăților, compus din: rezerve oficiale, aur, devize, creanțe față de FMI (obținute

prin depășirea pozitivă a cotei de participare la FMI a țării respective față de deținerile efective în moneda națională a acelei țări)

SMI a fost definit ca un ansamblul de reguli și aranjamente internaționale instituite de către state și organisme internaționale având ca scop prevenirea crizelor monetare și remedierea lor dacă acestea s-au produs. „SMI se caracterizează prin lichidități internaționale, reprezentate prin ansambluri de mijloace de plată internaționale de care dispun țările pentru finanțarea deficitului balanței de plăți. În principal, este vorba de aur și rezervele de schimb reprezentate de devizele acceptate”².

Un impuls deosebit a fost dat europenilor la începutul deceniului VIII din cauza crizei petrolului. „Cele două șocuri petroliere din 1973 (cvadruplarea prețului țițeiului) și 1979 (creșterea pe parcursul a doi ani de 2,5 ori a prețului petrolului) au generat efecte recesioniste și inflaționiste”

FMI a fost creat pentru a sprijini țările membre în menținerea balanței de plăți, acordând statelor credite pe termen scurt condiționate de o politică economico-financiară, inspectată de specialiștii FMI. Analizând obiectivele FMI, și anume restrângerea consumului intern, public și privat pentru a crea disponibilități de export; stimularea exportului; restricționarea importurilor vom înțelege de în toate statele care au apelat de bun voie sau au fost obligate să apeleze la serviciile specialiștilor FMI nu numai că nu au făcut progrese, dar cele mai multe chiar au regresat în starea concretă a economiilor și finanțelor proprii.

Înainte de izbucnirea crizei mondiale, Fondul Monetar Internațional acorda credite numai statelor sărace, din lumea a treia. Țările care cotizau la Fond cereau reducerea bugetului acestuia. În spatele ușilor închise, se vorbea chiar de desființarea organizației care, de-a lungul timpului, devenise mai degrabă o instituție cu titlu onorific. Într-o perioadă relativ calmă din punct de vedere economic, mulți contestau rolul Fondului. În plus, banii FMI mergeau numai către țări sărace, iar cele dezvoltate nu mai aveau practic niciun beneficiu de pe urma organizației, ci numai cotizau la aceasta. Criza a schimbat însă toate aceste lucruri și, într-un timp foarte scurt, tot mai multe state au ajuns să depindă de FMI pentru a evita intrarea în incapacitate de plată. Acum, organizația are programe de finanțare în valoare de sute de miliarde de euro cu mai multe state dezvoltate din lume. Rând pe rând, țările lovite de recesiune s-au văzut nevoite să ceară ajutorul Fondului³.

Cei 24 de membri ai Consiliului Guvernatorilor al FMI sunt aleși de țări sau grupuri de țări pentru a le reprezenta. Voturile acestora în Consiliu se împart direct proporțional cu contribuția fiecărui stat. În prezent, cei mai mari cinci contributory sunt, în ordine, SUA, Japonia, Germania, Franța și Marea Britanie. Însă, în 2011, conducerea Fondului a hotărât că este timpul ca această structură să fie actualizată pentru că nu mai era reprezentativă pentru ierarhia economică reală. Discuțiile au pornit în contextul în care țările emergente puternice precum China, Brazilia și India au înregistrat avansuri semnificative. Principalul motiv pentru care s-a luat această decizie este evoluția spectaculoasă a Chinei care, în 2010, a devansat Japonia și a devenit a doua putere economică din lume. Cu toate acestea, deși contribuția sa la Fond crescuse considerabil,

² JY Capul, O Garnier, Dictionnaire d'économie et de sciences sociale, Hatier, 1993, pp. 405-406.

³ A se vedea <http://gandeste.org/general/cum-a-pus-fmi-mana-pe-europa/16261> – articol semnat de Elena Dumitru, sursa: adevarul.ro.

Beijingul nu se bucura și de drepturile aferente acestui statut. Voturile Chinei reprezentau numai 3,65% din total în procesul decizional al instituției, în timp ce Japonia are un procent de 6,25%. După reorganizarea din octombrie 2010, Beijingul a primit încă două locuri în Consiliul Executiv al FMI. Următoarele cifre sunt elocvente pentru puterea financiară a FMI: 750 de miliarde de dolari este suma la care va ajunge capacitatea de creditare a FMI, 3,5% este dobânda medie la care au fost livrate tranșele împrumutului acordat României de către FMI, 3.140 de tone de aur reprezintă rezervele de metal prețios ale FMI, 14 este numărul de state europene care s-au împrumutat la FMI în timpul crizei⁴.

Reacția contrară a diferitelor țări a fost puternică, iar FMI a reacționat în sensul dirijării măsurilor de restricționare a economiei, renunțarea la ramurile ineficiente și re tehnologizarea întreprinderilor și rentabilizarea lor. Întrucât nicio țară nu a încurajat folosirea valutei sale drept rezervă internațională, FMI a emis Drepturi Speciale de Tragere (DST), care să constituie activ și rezervă internațională. Primele DST-uri au fost emise în 1970, iar valoarea lor se determină calculând media ponderată a țărilor membre FMI cu cel mai ridicat volum al exporturilor. DST-urile reflectă schimbările în valoarea celor mai importante cinci state din comerțul mondial. Deoarece un grup de țări europene sunt foarte independente, și nu au dorit să floteze între ele, s-au reunit pentru a forma Sistemul Monetar European (SME) – un sistem care în țările membre menține cursurile de schimb fixe între ele, flotând în comun față de restul lumii. DST joacă rolul de monedă internațională a cărui valoare se determină pe baza unui coș valutar alcătuit pe baza celor 5 valute liber convertibile (dolarul, marca germană, francul francez, yen-ul și lira sterlină).

Sistemul Monetar European (SME). Integrarea monetară a fost motivată de considerente politice, economice și de securitate, presupunând constituirea unui spațiu monetar unic, caracterizat prin crearea unei zone de paritate fixe între țările membre UE, îndeosebi a celor fiscale și monetare. Lansat în 13 martie 1979, ca succesor al „șarpelui monetar”, SME a fost conceput într-un moment în care Europa cunoștea o mare instabilitate. Crearea unei „zone de stabilitate monetară” în Europa a fost creată la propunerea cancelarului Helmut Schmidt și a președintelui Valéry Giscard d’Estaing. Aceștia s-au pronunțat în 6-7 iulie 1978 pentru un sistem de cooperare monetară. Preluând multe dintre trăsăturile Șarpelui, îndeosebi obligația de a interveni dacă rata de schimb amenință să depășească limitele convenite, SME a fost înființat prin decizia Consiliului European din 5-6 decembrie 1978, la Bruxelles. Unitatea valutară care constituie miezul sistemului și cu care se operează în cadrul SME este ECU. (European Currency Unit – Unitatea Monetară Europeană). ECU a fost creată în 1975, fiind compusă dintr-un „coș” de monede internaționale în funcție de cotațiile la bursele oficiale de schimburi. SME, fiind creat pe baza principiului cursurilor de schimb stabile dat ajustabile, a inclus valutele celor 9 state membre (la vremea respectivă), cu excepția lirei sterline britanice. Toate au fost încorporate în mecanismul de schimb, fluctuațiile maxime autorizate au fost de +/- 2,25% pentru fiecare monedă, excepție făcând lira italiană, căreia i-a fost acceptată în mod temporar o fluctuație de +/- 6%. În decembrie

4

Conform

Elena

Dumitru

–

sursa:

adevarul.ro;

<http://gandeste.org/general/cum-a-pus-fmi-mana-pe-europa/16261>.

1978 la Bruxelles statele membre CEE decid instaurarea SME, care ia ființă pe 13 martie 1979.

SME a fost un compromis între dorința franceză ca un nou mecanism al ratei de schimb să nu fie o copie a Șarpelui, care fusese dominat de marca germană și pe care Franța îl părăsise deja de două ori și obiecția făcută în special de Bundesbank că sistemul va fi prea simetric, cu țări cu surplusuri și altele cu deficite trebuind să suporte o parte egală din povara ajustării.

Aceasta ar avea ca rezultat o „lipsă de disciplină”. Această lipsă de disciplină devine molipsitoare și mai târziu, când se realizează Uniunea Economică și Monetară și când se adoptă Pactul de Stabilitate și Creștere pentru statele membre ale zonei Euro cu o procedura de sancționare a statelor membre care încalcă prevederile Tratatului de la Maastricht cu privire la UEM. Per total, SME a instaurat după coordonatele modelului german, dar adăugarea ECU, neesențială pentru operarea sistemului, l-a făcut acceptabil din punct de vedere politic pentru Franța. Facilitățile de credit au fost considerabil extinse. Deși toate țările UE sunt membre ale SME, sunt multe țări care nu participă la mecanismul ratei sale de schimb. În perioada 1979-1983, urmare existenței SME, ratele inflației au fost relativ înalte. Fluctuația și slaba evoluție a dolarului au condus șapte schimbări a parităților cea mai amplă aliniere având loc în 1983. În 1987, când SME a fost afectat de o altă realiniere majoră, participanții la lucrările de la Nyborg, au convenit stabilizarea ratelor de schimb.

Potrivit acestui acord de la Basel/Nyborg între băncile centrale (Basel) și miniștrii de finanțe (care și-au purtat discuțiile neoficiale la Nyborg, Danemarca), s-a căzut de acord că în cazul unei presiuni de scădere a ratei de schimb, ratele dobânzii vor fi prompt ajustate. Dacă abaterea crescândă de la performanța economică din alte țări va face rata de schimb imposibil de susținut, atunci devalorizarea va avea loc la timp pentru a împiedica realineri abrupte, substanțiale. Acordul anunța o perioadă de liniște în cadrul sistemului. Deosebit de importantă a fost decizia Franței, după o încercare nereușită, izolată de stimulare a economiei în 1982, de a-și orienta politica spre stabilitatea prețurilor și echilibru intern și extern după modelul Germaniei. Astfel, marca germană a devenit ancora SME, un rol salutat de multe țări, deoarece crea o disciplină externă care nu se putea realiza în plan intern. Cu toate acestea, ECU a lăsat o moștenire pentru EURO, și anume decizia liderilor europeni, care au confirmat planul lor în privința euro, și care au decis ca la 31 decembrie 1998 EURO să fie stabilit la aceeași paritate cu ECU.

Institutul Monetar European (IME). Prima etapă a UEM a fost demarată la 1 iulie 1990 și a coincis cu obligativitatea liberalizării circulației capitalului în cele mai multe state membre, fapt care a întărit poziția Comitetului Guvernatorilor Băncilor Centrale ai CE.

Odată cu adoptarea Tratatului privind CE, s-a decis instituționalizarea accentuată a cooperării monetare, prin constituirea IME, conform art. 109 F din TUE. De la începutul celei de doua etape a UEM la 1 ianuarie 1994, IME trebuia să pregătească condițiile pentru constituirea Băncii Centrale Europene preconizate, preluând în același timp funcțiile Comitetului Guvernatorilor Băncilor Centrale. De asemenea, IME a avut un rol important în pregătirea în detaliu a ultimei etape a UEM, care implica mai mult timp, implica stabilirea design-ului bancnotelor ECU și instituirea unei rețele europene integrate de plăți. În protocolul nr. 4 adițional Tratatul CE, este reglementat statutul IME,

care a avut sediul la Frankfurt și care desfășura toate operațiunile financiare în ECU. Membrii institutului sunt băncile centrale – naționale – ale statelor membre.

Rolul IME a fost acela de a crea condițiile necesare trecerii la etapa a doua de înfăptuire a UEM, prin intensificarea coordonării politicilor monetare pentru asigurarea stabilității prețurilor; pregătirea constituirii Sistemului European al Băncilor Centrale (SEBC), pentru implementarea unei politici monetare unice și crearea monedei unice (în a treia fază a UEM); monitorizarea funcționării SME și supravegherea dezvoltării ECU. Tot în protocolul nr. 4 la Tratat sunt prevăzute și sarcinile IME privind intensificarea cooperării între băncile centrale naționale; intensificarea coordonării politicilor monetare ale statelor membre pentru a asigura stabilitatea prețurilor; efectuarea de consultări asupra problemelor ce țin de competența băncilor centrale naționale și care privesc stabilitatea instituțiilor și piețelor financiare, precum și cu privire la evoluția politicilor monetare și la utilizarea instrumentelor de politică monetară; preluarea atribuțiilor Fondului european de cooperare monetară (FECOM) care s-a dizolvat odată cu apariția IME, cu transferarea activelor și pasivelor FECOM integral și automat IME; supravegherea utilizării și dezvoltării ECU, inclusiv buna funcționare a sistemului de compensații în ECU; consultarea de către autoritățile monetare naționale a IME înainte de a decide în privința politicii monetare naționale în contextul cadrului comun al coordonării „ex ante”; elaborarea regulilor operațiunilor care trebuie îndeplinite de băncile centrale naționale în cadrul SEBC – conform art. 109 F, par. 3 din Tratatul CE –; promovarea eficienței plăților transfrontaliere; Supervizarea pregătirii tehnice a bancnotelor EURO (alegerea temei, avizarea dimensiunilor și a materialului, selecționarea tipografiilor etc.)

Din aceste sarcini la IME rezultă și câteva categorii de funcții specifice: funcția consultativă, precum și funcții operaționale și tehnice.

În exercitarea acestor funcții, IME are personalitate juridică conferită de prevederile art. 109 F par. 1 din Tratatul CE; are capacitatea juridică cea mai largă recunoscută persoanelor juridice de legislația națională a statelor membre; formulând avize, recomandări, adoptând directive și luând decizii adresate băncilor centrale naționale.

Președintele Bundesbank germane, Hans Tietmeyer, a explicat la Congresul Bancar European de la Frankfurt din noiembrie 1994 de ce băncile centrale naționale răspund în continuare de politicile monetare interne: în mod ideal, toate deciziile de politică ar trebui să facă obiectul consultărilor „ex ante”. Consiliul IME, care în afara președintelui constă din guvernatorii băncilor centrale naționale, reprezintă for politic pentru aceste consultări. Consultările regulate asigură posibilitatea unor schimburi de experiență și informații și, dacă este posibil, să se realizeze consensul general.

Ca urmare, consultările trebuie să fie parte integrantă și utilă a procesului de coordonare. Cu toate acestea, ele au și limitări când amenință restrângerea dreptului unei bănci naționale de a acționa independent în probleme legate de politica antiinflaționistă. Evident, în cazurile în care nu se poate realiza consensul, deciziile naționale respective nu pot face obiectul unui veto de afară, având în vedere că acestea continuă să fie responsabilitatea acelor persoane sau grupuri de persoane care răspund de le pe plan național.

În măsura în care asemenea responsabilități le revin consiliilor, ca de exemplu Consiliul Băncii Centrale al Bundesbank și noul Consiliu al Politicii Monetare al Băncii

Franței, este imposibil să-i implici direct pe toți membrii într-un asemenea proces de consultări.

Aceasta este și mai evident în cazul acelor bănci centrale care au căpătat încă o independență deplină. În aceste cazuri în procesul de decizie sunt implicate alte instituții politice.

Aceasta subliniază faptul că diferențele instituționale de bază care mai există încă în diferite țări pot face consultările și procesul de coordonare mai dificil. Asemenea particularități instituționale naționale vor continua probabil să joace un rol în coordonarea politicilor monetare până la intrarea în etapa a treia a UEM. De aceea orice apreciere realistă a posibilităților și limitărilor privind consultările și cooperarea trebuie să țină cont de aceste diferențe.

IME este lichidat la începutul celei de-a treia faze, în momentul constituirii BCE, care preia automat activele și pasivele, conform art. 23 din Protocolul nr. 4, Tratatul CE.

La momentul aderării României la Uniunea Europeană s-a negociat capitolul 11 privind Uniunea Economică și Monetară, care are ca finalitate aderarea la zona Euro.

3. Eșecul Pactului de Stabilitate și Creștere⁵

În 5 iunie 2010, o părere considerată avizată de cancelarul Germaniei Angela Merkel, preciza pentru The Sunday Telegraph că „Euro «will be dead in five years»”, opinie împărtășită și argumentată că Euro trece printr-o „criză existențială” care va duce cu certitudine la dispariția ei „în forma actuală”⁶.

Având în vedere că adoptarea Euro a fost un proiect politic și mai apoi economic, s-a luat decizia politică de a salva situația prin crearea Mecanismului European pentru Stabilitate Financiară (MESF) reprezentând o gură de aer vitală pentru EURO. Problema de fond însă rămâne.

Lipsa unei voințe politice comune convergente și incapacitatea liderilor politici ai statelor membre de a pune interesul comun al Europei înaintea celui național a determinat acest cutremur care a zguduit din temelii întreaga construcție, deși un mecanism formal creat tocmai pentru a evita astfel de crize – Pactul de Stabilitate și Creștere – exista de mai bine de 15 ani⁷.

Criza din Grecia a fost șocul care a trezit Europa după lipsa de reacție a statelor din zona Euro în aplicarea prevederilor Pactului de Stabilitate și Creștere.

Deși „nu e corect să le ceri altora ceea ce tu însuși nu vrei să faci.” (Eleanor Roosevelt⁸), statele din zona euro care au creat Pactul de Stabilitate și Creștere au fost primele care le-au încălcat în mod succesiv. (Germania, Franța etc.).

Mecanismul European de Stabilitate (ESM⁹) este un vehicul de finanțare lansat în octombrie 2012 și reprezintă unul dintre cele mai importante elemente ale strategiei zonei euro de apărare contra crizelor.

⁵ A se vedea opinia lui Tudor Țiclău – 6 noiembrie 2010 – exprimată cu privire la Pactul de Stabilitate și Creștere <http://www.cogitus.ro/economie/esecul-pactului-de-stabilitate-si-crestere>

⁶ A se vedea <http://www.telegraph.co.uk/finance/economics/7806064/Euro-will-be-dead-in-five-years.html>

⁷ Conform opiniei lui Tudor Țiclău.

⁸ Anna Eleanor Roosevelt (n. 11 octombrie 1884 – d. 7 noiembrie 1962) a fost Prima Doamnă a Statelor Unite ale Americii, soția Președintelui Statelor Unite ale Americii Franklin Delano Roosevelt, diplomată și activistă pentru drepturile omului, una dintre femeile cele mai influente ale secolului al XX-lea. De asemenea, a fost americanca ce a ocupat cel mai mult timp postul de Primă Doamnă.

⁹ European Stability Mechanism – ESM.

O prezentare succintă și relevantă o realizează Ziarul financiar în 14 iulie 2015¹⁰ astfel:

”ESM, o agenție permanentă cu sediul în Luxemburg, furnizează asistență financiară, sub forma împrumuturilor, țărilor cu probleme din zona euro, sau sub formă de capital nou băncilor confruntate cu dificultăți financiare. Are o putere maximă de creditare de 500 de miliarde de euro. Agenția se finanțează de pe piețele financiare vânzând obligațiuni, la fel cum fac guvernele.

Fundația financiară a ESM o reprezintă capitalul furnizat de guvernele zonei euro. Acestea au contribuit până acum cu 80 de miliarde de euro, dar s-au angajat să participe cu 700 de miliarde de euro. Acest capital nu reprezintă banii folosiți ca asistență financiară, ci absoarbe eventualele pierderi cauzate de un eventual default suveran pe datoriile către ESM. Acest capital reprezintă o asigurare pentru investitorii de pe piețele financiare că își vor primi înapoi banii împrumutați către ESM. Această încredere este vitală pentru ca ESM să aibă un rating ridicat și prin urmare să se împrumute la costuri mici.

Țările cu cele mai mari contribuții sunt Germania (27%), Franța (20%) și Italia (18%).

ESM poate împrumuta direct guvernele, dar le poate finanța și prin cumpărarea obligațiunilor suverane ale acestora, fie direct, fie de pe piețele financiare. De asemenea, ESM poate sprijini financiar – recapitaliza – direct băncile, de obicei furnizând fonduri în schimbul acțiunilor acestora.

Până acum ESM a finanțat programul de salvare a băncilor spaniole, furnizând 41,3 miliarde de euro (ultimul an de rambursare este 2027) și programul de bailout al Ciprului, care a primit până în prezent 5,7 miliarde de euro dintr-un total alocat de nouă miliarde de euro.

Politicile pe care statul debitor trebuie să le urmeze în schimbul finanțării sunt negociate în funcție de fiecare caz în parte”¹¹.

Pentru a-și atinge scopul declarat al înființării ESM – de a salva de la faliment statele membre înglodate în datorii –, Mecanismul European de Stabilitate în valoare totală de 500 miliarde euro, trebuie ratificat în parlamentele tuturor celor 17 state europene din zona euro.

Până când ESM va primi 90% din capitalul promis, oficialii europeni trebuie să folosească în continuare Facilitatea Europeană pentru Stabilitate Financiară (European Financial Stability Facility – EFSF), prin care mai sunt disponibile circa 240 miliard de euro, dintr-un total inițial de 440 de miliarde de euro.

Mecanismul European de Stabilitate reprezintă o componentă cheie a planului de protecție de o mie de miliarde de dolari destinat opririi contagiunii crizei datoriilor, în urma căroră Grecia, Portugalia și Irlanda au fost nevoite să apeleze la ajutor financiar¹².

¹⁰

<http://www.zf.ro/business-international/ce-este-mecanismul-european-de-stabilitate-de-unde-isi-ia-banii-si-p-e-cine-ajuta-14586291> – 14 iulie 2015

¹¹ *Ibidem*, 8.

¹²

<http://www.ziare.com/economie/zona-euro/mecanismul-european-de-stabilitate-ar-putea-fi-operational-pe-9-iulie-1170956>.

Conform

În toată această arhitectură europeană, România dorește să intre în zona Euro. O întrebare legitimă poate fi: mai este zona Euro atractivă pentru România în condițiile instabilității și problemelor financiare globale existente? Sau ne pregătim să intrăm într-o structură care este într-o stare „pre-comatoasă”?

Dincolo de discuțiile filosofice privind oportunitatea intrării României în această structură care nu-ți garantează în niciun fel bunăstarea și creșterea economică post-aderare, având în vedere șocurile de pe piețe care au trecut devenit membre, se află încă într-o stare incertă.

Oficialii BNR, încă din 2009, analizau cu pragmatism adoptarea unilaterală a Euro oscilând a o cataloga fie soluție, fie capcană¹³.

Din acel moment lucrurile au evoluat la nivel european altfel decât traiectoria prognozată de către oficialii instituțiilor financiare europene.

Din punctul de vedere al României, nu se mai dau estimări sau prognoze privind intrarea în zona Euro, fapt absolut corect, ținând cont de incertitudinile existente în prezent atât în Europa, cât și în România. Cu toate acestea se pot analiza aspectele principale care trebuie avute în vedere la nivel economic, instituțional și, nu în ultimul rând, la nivelul cadrului european de reglementare privind decizia asupra adoptării euro (evaluarea sustenabilității respectării criteriilor de convergență, momentului adoptării, nivelului de curs) care revine instituțiilor UE; ERM 2¹⁴ și regimurile acceptate ale cursului de schimb.

Concluzii

Mark Twain recomanda „Stai departe de oamenii care îți micșorează ambiția.” România e depus toate eforturile în drumul ei european să performeze în condiții teoretic egale, practic complet inechitabile. Iar actualul președinte american Donald Trump spunea: „Fii atent pe cine calci când urci, că vei întâlni aceiași oameni la coborâre.” Și adoptarea euro este o provocare permanentă pentru statele din zona euro, dar și pentru restul statelor europene, indiferent din categoria din care fac parte: îndeplinesc condițiile, dar nu vor în zona euro; vor, dar nu îndeplinesc condițiile; nici nu vor, nici nu pot; și ultima categorie pot, dar nu vor!

Guvernatorul BNR Mugur Isărescu spunea în Cuvânt de deschidere la conferința „Adoptarea monedei Euro în România: provocări și perspective” – 9 dec 2015 că: *„Tratatul european vorbesc despre atingerea unui nivel înalt de convergență și despre caracterul sustenabil în timp al acesteia, ca precondiții pentru adoptarea cu succes a euro. Remarcați că nu se face referire doar la convergența nominală (capitol la care România stă bine, dacă este să ne referim la îndeplinirea Criteriilor de la Maastricht), ci se are în vedere convergența pe toate dimensiunile, inclusiv convergența reală și convergența juridică. De asemenea, este necesar ca procesul de convergență să fie sustenabil în timp, adică să continue și după adoptarea monedei comune, pentru a evita experiența nefericită a statelor mediteraneene, care după intrarea în eurozonă au*

¹³ Adoptarea unilaterală a Euro – soluție sau capcană – colocvii de politică monetară, București, 30 aprilie 2009, Cristian Popa, Viceguvernator BNR.

¹⁴ Exchange Rate Mechanism (ERM).

relaxat politicile de reforme structurale, ceea ce a dus la un proces de divergență în interiorul zonei euro”¹⁵.

Recomandarea cu care își încheie discursul primul bancher la României, cu privire la stabilirea unui calendar concret al aderării la Euro, la care achiesez și eu este că *„abordarea de până acum, cu stabilirea unei date-țintă, dar neînsoțită de angajamente ferme din partea tuturor actorilor interesați, nu a dat rezultate. Poate că în loc să stabilim o dată a aderării, ar fi mai bine să agreem o foaie de parcurs cu reformele necesare și numai după implementarea unei mase critice a acestora să stabilim o dată-țintă.”*

Cu certitudine în contextul actual al unei Europe măcinată de instabilitate politică, economică, socială, financiară, în care criza emigranților e departe de a se fi sfârșit, în care statele puternice din punct de vedere financiar și politic continuă să încalce prevederile Pactului de Stabilitate și Creștere impus de ele pentru zona euro, în care regulile par a fi făcute doar pentru cei „mici”, este din ce în ce mai greu să realizezi prognoze viabile, când „se fac și se desfac guverne” la masa celor puternici, când însăși Europa se confruntă cu tendințe gen „Brexite”.

Departate de a încheia într-o manieră pesimistă această comunicare științifică este lesne de observat că incertitudinea guvernează în lume. „Descurajarea și înfrângerile sunt unele dintre cele mai sigure căi către succes” în opinia celebrului autor american de cărți de literatură despre auto-îmbunătățire și abilități interpersonale¹⁶.

„Adevărata ignoranță nu este absența cunoașterii, ci refuzul de a o dobândi” spunea Karl Popper¹⁷.

„S-a dovedit că economiile mici, care nu au prea multe resurse, nu pot acționa ca un actor independent, ca un jucător independent. Deci, dacă nu ai poziția geografică și economică a Elveției sau a Norvegiei nu poți să trăiești singur într-o lume globalizată”, spunea economistul șef al BNR Valentin Lazea.

Concluzionând, rămânem cu convingerea că România a adera la zona Euro la momentul când va fi pregătită, dar mai ales dacă și când Europa va decide să ne primească. Chiar dacă „Convingerile sunt inamicii adevărului, sunt mai periculoase decât minciunile”¹⁸.

¹⁵ A se vedea <http://www.bnr.ro/Cuvant-de-deschidere-a-conferin%C8%9Bei-ADOPTAREA-MONE-DEI-EURO-IN-ROMANIA-PROVOCARI-SI-PERSPECTIVE-13272.aspx>.

¹⁶ Dale Breckenridge Carnegie (n. 24 noiembrie 1888; d. 1 noiembrie 1955).

¹⁷ Filozoful englez de origine austriacă, considerat unul dintre cei mai mari filozofi ai științei din secolul al XX-lea. Fondator al raționalismului critic împotriva determinismului istoric, s-a opus oricărei forme de scepticism, convenționalism și relativism în știință și în activitatea umană în general, a susținut ideea unei societăți deschise (Open society), adversar implacabil al totalitarismului sub orice formă – https://ro.wikipedia.org/wiki/Karl_Popper.

¹⁸ Thomas Mann.

SPRE O EXTINDERE A CATEGORIEI DREPTURILOR OMULUI IN SECOLUL XXI: CATEGORIA A V-A A DREPTURILOR OMULUI. CONCEPTUL JURIDIC DE „UMANITATE VIITOARE”

Mădălina Virginia ANTONESCU*

Abstract:

At the beginning of the XXIst century, international law is strongly pressed to improve itself through a state consecration of a new juridical quality, as distinct subjects of law, recognised to "future generations", "future mankind", to "future individual", as well as for the nature and the planet Earth (as ensemble of unique ecosystems, marked by a fragile state of balance) and also, through a consecration of a Charter for the future individual rights. This Charter should contain new rights of the so-called "V-th category of human rights", based on the consolidation of the "sustainable development" concept. Protection of environment needs also the development of a specific juridical dimension, such as the protection of global common goods, of the mankind global patrimony, concepts that are global by their very nature. Rights of future generations cannot be jeopardised through an absolutist vision, of unlimited and irrational use of planet Earth resources or through non-sustainable development of present generations, with the risk to irremediably affect the interests and rights of future generations.

Keywords: *future mankind, future human being, future generations, the rights of future human individual, environmental protection, sustainable development*

1. De la „umanitate” și „patrimoniul comun al umanității”, la „umanitatea viitoare”

În dreptul internațional contemporan se acceptă că doar statul și alte entități (precum organizațiile internaționale interguvernamentale¹, popoarele care luptă pentru libertate) au calitatea de „subiecte de drept”. Conceptul de „umanitate” este și astăzi, la începutul sec. XXI, unul insuficient explorat, vag, și nu este recunoscut în doctrină sau de către state ca ducând la nașterea unui nou subiect de drept internațional. În sec. XXI, trebuie să remarcăm că un domeniu aflat în certă expansiune, care va influența dezvoltarea întregului drept internațional, este cel de „*drept internațional al mediului*”, de unde se dezvoltă un sub-domeniu special, „*dreptul global al mediului*” (destinat soluțiilor juridice privind domeniul ecologic global, ca un domeniu care scapă tuturor soluțiilor individuale statale)².

* Institutul Diplomatic Român, doctor în drept, cercetător științific; e-mail: vam55ro@yahoo.com.

¹ În doctrină se admite că doar organizațiile internaționale au o calitate de „instrumente ale cooperării între state, activitatea și existența lor depinzând constant de cooperarea între state și deci, de voința acestora”. Ion Diaconu, *Tratat de drept internațional public*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 467.

² Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international. Nouveaux défis au droit international*, UNESCO, PUF, Paris, 1978, p. 246. A se vedea și David Held, Anthony McGrew, David Goldblatt, Jonathan Perraton, *Transformări globale. Politică, economie și cultură*, trad. Ramona-Elena Lupașcu, Adriana Ștraub, Mihaela Bordea, Alina-Maria Turcu, Ed. Polirom, Iași, 2004, pp. 424-427, care

Conceptul juridic de „*patrimoniu comun al umanității*” s-a dezvoltat ca o necesitate a responsabilizării juridice a generațiilor actuale în fața generațiilor viitoare pentru „mediul înconjurător al planetei”³ (cuprinzând totalitatea ecosistemelor terestre, mai precis, și calitatea lor).

Doctrina a propus încă din anii 70 conceptul juridic inovator de „*umanitate*”, ca subiect distinct de drept internațional, de unde se extrage și un „*drept special al umanității*”, exercitat asupra unor categorii de bunuri considerate a face parte din „*patrimoniul comun al umanității*”. De exemplu, se apreciază în doctrină, „bazinele Amazoniei și din Congo, ce reprezintă cele mai mari rezervoare de oxigen ale planetei” ar intra în această categorie, de unde și «o răspundere juridică specială a statelor riverane sau pe teritoriile cărora se află asemenea ecosisteme unice, în fața întregii comunități internaționale, pentru gestionarea acestei bogății vitale»⁴.

În opinia profesorului René-Jean Dupuy, conceptul de „*umanitate*”, transpus în termeni juridici, «lărgeste câmpul dreptului internațional de o manieră fără precedent, într-o abordare globală, care depășește indivizii și statele»⁵. Acest concept juridic nou (din care derivă și o calitate de subiect de drept internațional pentru „*umanitate*”, ca atare) poate fi utilizat în domenii precum dreptul mării, dar și, după cum consideră doctrina, în ceea ce privește „imensele spații virgine precum fundurile marine, regiunile polare, atmosfera, spațiul extra-atmosferic, fluviile” ori pentru promovarea unei noi ordini economice internaționale mai echitabile, în care «țările în curs de dezvoltare să dispună de mecanisme juridice internaționale împiedicând țările industrializate și avansate tehnologic să dețină controlul și beneficiul economic exclusiv din accesul la asemenea zone și la resursele lor»⁶. Acest nou concept juridic („*umanitatea*”) este strâns legat și de: principiul accesului tuturor statelor și popoarelor și al beneficiului tuturor la resursele din asemenea zone, aflate în afara suveranității oricărui stat; de principiul egalității juridice între toate statele; de principiul echității și al justiției, mergând până la beneficiul real al fiecărui om de a se bucura de avantajele științei, tehnicii, de un mediu înconjurător sănătos, într-un manieră mult mai accentuată decât la nivelul actual. Doctrina vorbește de „*drepturile omului viitor*” conform unui „*drept internațional al pământului, al apei și al cerului*” sau al unui „*drept al umanității*”⁷ (care să ia locul actualului drept internațional construit în jurul unor entități artificiale, fabricate, precum statul-națiune sau organizația internațională interguvernamentală, în sec. XXI). *Primele domenii* care ar trebui să intre în sfera de competență a acestui „*drept al umanității*” ar trebui să fie, în concepția doctrinei, *categoria drepturilor omului și dreptul internațional al mediului înconjurător*, menite să confere un aspect concret de *protecție juridică reală* ecosistemelor terestre, cât și omului⁸, ca ființă concret dotată cu diferite nevoi (de supraviețuire, de prosperitate, culturale, spirituale).

folosesc conceptul de degradare ecologică globală, distingând între trei categorii de probleme de mediu: bunurile comune globale, problemele demografice, cele care țin de resurse și poluarea transfrontalieră.

³ M. Bedjaoui, *op. cit.*, p. 246.

⁴ *Ibidem*, p. 242.

⁵ *Ibidem*, p. 244, citându-l pe René-Jean Dupuy, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 1, 1973, p. 71.

⁶ Mohammed Bedjaoui, *op. cit.*, p. 244.

⁷ *Ibidem*, p. 245.

⁸ *Ibidem*, p. 245.

În ceea ce ne privește, considerăm că termenul juridic de „umanitate” ar trebui privit în sensul strict temporal, limitat la „*umanitatea prezentă*” (ansamblul tuturor generațiilor prezente, de pe glob, la momentul actual). Distingem deci, între conceptul juridic de „umanitate” și cel de „*umanitate viitoare*” (care ar cuprinde doar generațiile viitoare care se vor folosi de resursele naturale și de mediul înconjurător, așa cum le vor moșteni ele de la generațiile prezente).

Pentru o altă parte a doctrinei, termenul de „umanitate” cuprinde *un sens larg*, spațio-temporal, dar și responsabil juridic, adică „ansamblul generațiilor prezente care vor trebui să dea socoteală în fața generațiilor viitoare de mediul înconjurător al planetei noastre”⁹; este vorba de un sens responsabil juridic trans-temporal, a generației prezente față de generația viitoare, pentru ceea ce azi se înțelege prin bunuri și resurse, prin zone aparținând «patrimoniului comun al umanității».

Din această concepție de răspundere juridică presupusă de termenul de „umanitate”, la nivel trans-temporal, se conturează și conceptul de „dezvoltare durabilă”, de sustenabilitate, care este des folosit azi.

Exploatarea zonelor submarine (fundurile marine), a surselor noi de energie, precum și a altor domenii novatoare deschise de avântul tehnologic și științific, ar trebui să fie făcută de generațiile actuale *din perspectiva rațională, responsabilă*, a asigurării posibilității lor de utilizare și pentru generațiile de mâine, a preservării și transmiterii unui mediu înconjurător curat, sănătos, a unui climat internațional de pace și securitate, care să asigure generațiilor viitoare posibilitățile optime de propășire, prosperitate, siguranță și confort, pentru toți.

Legătura dintre conceptul de „umanitate viitoare”, de „drepturi ale umanității viitoare” și sintagma „dezvoltării durabile” este evidentă, consacrată în numeroase documente adoptate de state sub egida ONU, precum: principiul stabilirii unei relații de armonie cu natura (în Declarația de la Rio, numită și Carta Pământului, din 1992)¹⁰; în Raportul privind Obiectivele de Dezvoltare ale Mileniului (2014), unde comunitatea internațională contemporană își asumă responsabilitatea (de pildă, în cadrul Obiectivului 7) să reducă emisiile globale poluatoare, să combată reducerea surselor regenerabile de apă, să crească numărul de arii protejate, să asigure un acces sporit la surse de apă potabilă îmbunătățite, să asigure un acces real la apă pentru uz casnic și igienă etc.)¹¹. Dreptul la dezvoltare, preservarea unui climat internațional de pace și securitate internațională se corelează, în alt document internațional fundamental, Declarația Mileniului/2000, cu obiectivul protecției și al preservării mediului înconjurător, dar și cu obiectivul eradicării sărăciei, al protecției universale a drepturilor omului, al protecției categoriilor vulnerabile ori cu îmbunătățirea relațiilor de cooperare între țări¹². Declarația Mileniului, pct. 6 (consacrarea respectului pentru natură) se referă direct la *obligatia generațiilor actuale de a transmite generațiilor viitoare resursele bogate ale planetei*

⁹ *Ibidem*, p. 246.

¹⁰ Daniela Marinescu, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a IV-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2010, pp. 18-19.

¹¹ *The Millennium Development Goals Report, 2014, We Can End Poverty*, United Nations, New York, 2014, www.undp.org/content/undp/en, accesat la 31 martie 2015.

¹² Mădălina Virginia Antonescu, *Agenda 2030 și rolul său în obiectivul preservării unei planete sigure și sustenabile. Globalizarea conceptului de dezvoltare durabilă*, policy paper, Institutul Diplomatic Român, www.idr.ro, accesat în 9 ianuarie 2017, pp. 2-7.

(corelat cu obligația primelor de a respecta și implementa *principiul moderației* în managementul tuturor speciilor vii și al resurselor naturale, în conformitate cu dezvoltarea durabilă)¹³. Conform Declarației Mileniului, *dreptul la un mediu înconjurător sănătos și curat, bogat în resurse, trebuie transmis generațiilor viitoare, spre a le asigura un nivel corespunzător, dezvoltat, de civilizație*.

Dezvoltarea durabilă (din care derivă și obligațiile juridice ale generațiilor actuale de a transmite generațiilor viitoare o planetă cu o calitate a vieții ridicată), cât și *responsabilitatea generațiilor prezente pentru gradul de civilizație și de bunăstare al generațiilor viitoare, dar și pentru calitatea vieții pe planeta Pământ* (prin asumarea unor angajamente specifice, de către statele semnatare, în sensul protejării planetei ca biosferă unică și aflată într-un echilibru fragil) apar consacrate și în *Declarația de la Johannesburg privind Dezvoltarea Durabilă*/4 sept. 2002, adoptată în urma Summitului Mondial privind Dezvoltarea Durabilă din Africa de Sud (2-4 sept. 2002)¹⁴. În opinia doctrinei, „*umanitatea trebuie să își decupleze creșterea sa economică de presiunea exercitată asupra mediului înconjurător, să țină cont de responsabilitățile comune, de moderație și echitate în accesul la resursele naturale, cât și la alte resurse care asigură dezvoltarea națiunilor*”¹⁵.

În documentul „*The future we want*”, emis în urma Conferinței ONU privind Dezvoltarea Durabilă, adoptat de AG ONU în 27 iulie 2012, prin rezoluția 66/288, se consacră *o relație directă între paradigma „dezvoltării durabile” și relația de armonie cu natura*, „prin construirea unei relații echitabile și echilibrate cu Pământul” care este „*planeta ce susține și hrănește umanitatea*”¹⁶.

În alte documente adoptate sub egida ONU se construiește o legătură juridică între principiul armoniei cu natura (sau al respectului față de natură) și paradigma dezvoltării durabile, relație care scoate în evidență nevoia conform căreia ființele umane ar trebui să își asume un rol responsabil, echilibrat, matur, de „gardieni ai planetei”, ai calității vieții pe această planetă, dar și *un rol de transmitere către generațiile viitoare a unei planete sigure, sustenabile, pașnice și bogate în resurse naturale regenerate*¹⁷.

Într-un alt document internațional fundamental, Agenda 2030, este consacrat angajamentul statelor de a pune în aplicare această «*Cartă pentru oameni și planetă în secolul XXI*» (pct. 51), sub imperiul conștientizării faptului că «*pot fi prima generație care a reușit să stopeze sărăcia, dar pot fi și ultima generație care ar avea șansa de a salva planeta*» (pct. 50). În același document, la pct. 59, statele semnatare *reafirmă calitatea planetei Pământ și a ecosistemelor sale de a fi «casa noastră comună»*. Acest lucru se bazează, în concepția de mai sus, pe „recunoașterea unei relații de dependență organică, vitală, între om și planeta sa, deci și a unei responsabilități corelative a omului față de calitatea vieții, a mediului înconjurător, față de *prezervarea, pentru generațiile viitoare, a unei planete sigure, prospere, curate, bogate în resurse naturale*”¹⁸.

¹³ UNGA, Resolution 55/2, *United Nations Millennium Declaration*, New York, 8 sept. 2000, www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm, accesat în 30 martie 2015.

¹⁴ Mădălina Virginia Antonescu, *op. cit.*

¹⁵ Cynthia Ghorra-Gobin, *Dictionnaire des mondialisations*, Ed. Armand Colin, Paris, 2006, pp. 104-105.

¹⁶ M.V. Antonescu, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ *Harmony with Nature, Report of the Secretary General, UNGA, A/67/317*, distribuită în 17 august 2012.

¹⁸ M.V. Antonescu, *op. cit.*, p. 23.

2. Subiectele de drept internațional al sec. XXI, la care se referă drepturile din categoria a V-a de drepturi ale omului: popoarele viitoare, generațiile viitoare, omul din viitor (ca individ)

Revenind din nou la dreptul internațional contemporan, observăm că, la începutul sec. XXI, *la nivelul actual* de consacrare juridică internațională, calitatea de subiect de drept internațional o au doar *entități actuale, existente și speciale, cu anumite caracteristici* recunoscute ca atare (statele-națiune, care se definesc prin trăsătura specifică a *suveranității și independenței*, organizațiile internaționale interguvernamentale constituite pe baza unor tratate în vigoare, popoarele care luptă pentru independență – sau mișcările de eliberare, care au și ele aceeași calitate, de „entități existente” –, beligeranții sau insurgenții, dar și unele persoane juridice precum corporațiile, dar și *persoanele fizice*, în anumite condiții)¹⁹. În ceea ce privește ultima categorie, trebuie remarcat de la bun început că este vorba de persoane fizice, înțelese individual, și nu colectiv (ca etnii, comunități organice, grupuri pe diferite criterii) și mai ales *din prisma unui drept procedural* (dreptul acestor persoane de a prezenta plângeri în fața unor organisme internaționale sau regionale, în mod direct, în cazul unor încălcări ale drepturilor omului). În această situație, doctrina atenționează că este vorba de drepturi procedurale și substanțiale de care persoanele fizice *beneficiază nu direct*, în temeiul dreptului internațional, ci *doar prin acordurile și tratatele încheiate de state*, ca obligații asumate *de state* în plan juridic internațional, prin tratate internaționale²⁰.

În ceea ce privește subiectul prezentei lucrări, remarcăm faptul că dreptul internațional contemporan nu admite (cel puțin la momentul actual de dezvoltare), ca „subiecte de drept” decât entități *existente*, înființate legal, care funcționează în temeiul unor norme juridice în vigoare (persoane juridice, state existente) sau care sunt recunoscute ca *existente*, în dreptul internațional (mișcările de eliberare). Cu alte cuvinte, dreptul internațional contemporan *este unul limitat cronologic* în privința subiectelor de drept: nu recunoaște ca subiecte de drept *decât entitățile existente* (fizice sau juridice, individuale sau colective), actuale, *deci nu extinde calitatea juridică de subiect de drept internațional la entități trecute, viitoare sau în curs de constituire* (cu excepția popoarelor care luptă pentru independență și care se vor constitui în stat, odată câștigată independența și recunoscută pe plan internațional).

Or, *din prisma evoluției necesare a dreptului internațional*, consecință a schimbărilor fundamentale și majore ale lumii politice, culturale, economice din sec. XXI, în special sub impactul globalizării modificărilor climatice și a nevoii de protecție pe termen lung a planetei, a ecosistemelor terestre, a resurselor naturale regenerabile sau neregenerabile, din prisma conexiunii între securitatea umană, securitatea națiunilor și cerința sustenabilității²¹, a unei dezvoltări civilizatoare care să fie atente la protecția, conservarea și regenerarea mediului înconjurător, puternic afectat de civilizațiile industriale și agrare intens poluatoare²², *se deschid noi posibilități conceptuale*, inclusiv în ceea ce privește apariția unor noi subiecte de drept internațional.

¹⁹ I. Diaconu, *op. cit.*, p. 474.

²⁰ *Ibidem*, p. 496.

²¹ Mircea Duțu, Andrei Duțu, *Dreptul de proprietate și exigențele protecției mediului*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pp. 38-39.

²² *Ibidem*, pp. 29-34.

Avem în vedere recunoașterea (prin consacrarea, la început, la un nivel doctrinar), în dreptul internațional din prima jumătate a sec. XXI, a calității de subiect de drept internațional *pentru entități viitoare*, precum: individul (omul) viitor; generațiile viitoare; umanitatea viitoare.

Departate de a fi fanteziste, aceste concepte pot căpăta odată cu dezvoltarea dreptului internațional în acord cu schimbările fundamentale de paradigme (trecerea la *paradigma holistică*, omul, parte a naturii; omul, obligat să acționeze nu doar pentru perpetuarea propriei civilizații, ci și pentru prezervarea, întreținerea, protecția și regenerarea mediului înconjurător și a ecosistemelor planetei), un înțeles juridic concret. Astfel, încă din documentele internaționale adoptate sub egida ONU (Agenda 21, Declarația de la Rio, Agenda 2030 etc.) observăm referirea directă la: „*copiii noștri*”, „*generațiile viitoare*”, „*umanitate*” (care include și conceptul de „*generație viitoare*”, fiind un ansamblu omogen, trans-temporal al tuturor generațiilor rasei umane, cu interesul supraviețuirii și prosperității pe această planetă). Conceptul de „*umanitate viitoare*” pe care îl propunem aici, este însă *unul mai concret*, limitându-se la *drepturile concrete ale părții de umanitate care va să vină*, drepturi care nu pot fi ignorate, date la o parte, din motivul egoist al generațiilor prezente de a consuma doar pentru ele, resursele planetei, fără a se gândi la utilizarea lor în viitor, de către alte generații.

La fel, conceptul de „*om viitor*” este unul menit a conferi și recunoaște la nivel juridic internațional, *drepturile individului/omului viitor, nenăscut, la a își trăi o viață pe această planetă la nivelul egal sau superior* (în temeiul aspirațiilor spre mai bine, mai multă prosperitate și dezvoltare a civilizației umane) *al drepturilor omului de care se bucură generația actuală*.

Nu este admisibil, în opinia noastră, a se opera (profitând de actualul vid normativ internațional în acest domeniu) o discriminare între generațiile prezente și cele viitoare, între omul prezent și cel viitor, între umanitatea prezentă și umanitatea viitoare, în defavoarea celor din urmă. Cu alte cuvinte, nu este admisibil ca statele și civilizația umană să asigure *limitat-cronologic* respectarea drepturilor omului, *doar pentru omul prezent* iar față de omul viitor să nu prevadă niciun fel de protecție juridică a drepturilor și intereselor sale (de exemplu, drepturile de solidaritate, dreptul omului viitor la a se bucura de un climat de pace și securitate internațională, dreptul lui de a se bucura de un mediu înconjurător curat și sănătos, dreptul lui de a se bucura de avansul tehnologiei și al științei, dreptul lui de circulație, dreptul lui de liberă ședere, dreptul lui la îmbrăcăminte, dreptul lui la locuință, dreptul lui la apă potabilă, dreptul lui la o alimentație sănătoasă, echilibrată, suficientă și nutritivă pentru el și familia lui, dreptul lui la educație). Toate aceste drepturi și toate celelalte, *nu vor fi posibile pentru omul viitor, pentru generațiile viitoare*, dacă omul prezent, generațiile prezente *vor gândi și vor acționa egoist*, se vor sfâșia în conflicte și războaie sângeroase, distructive, care vor duce la degradarea ireversibilă a mediului, a planetei, a nivelului de trai și care vor afecta, prin aceasta, în mod direct (și fără nicio responsabilitate juridică) modul de viață, nivelul de civilizație, calitatea mediului, drepturile oamenilor viitori, ale generațiilor viitoare.

3. Spre o „Cartă a drepturilor omului viitor/umanității viitoare”

Este necesar, în opinia noastră, să crească gradul de responsabilizare juridică a juriștilor contemporani, al statelor de asemenea, pentru a impulsiona la nivel

internațional, elaborarea unei *Carte a drepturilor umanității viitoare*, în care să fie consacrate drepturile generațiilor viitoare, ale umanității viitoare, ale omului viitor (deci, cu includerea expresă a celor trei niveluri de raportare, de la cel *de ansamblu*, care privește însăși specia umană în viitor, până la generațiile viitoare și la nivelul individual concret, adică la „omul viitor” și drepturile sale individuale). Nimic nu îndreptățește omul zilelor noastre, generațiile prezente, umanitatea actuală, de a beneficia de toate drepturile asigurate de tratatele în vigoare, prin intermediul voinței suverane a statelor *iar niciun drept, niciun beneficiu juridic să nu fie asigurat generațiilor viitoare, umanității viitoare, omului viitor*. Este vorba de necesitatea *îndepărtării unei limite de raportare mentală și conceptuală a actualului drept internațional*, în beneficiul umanității în ansamblu și a înseși planetei pe care specia umană trăiește.

În această *Cartă a drepturilor omului viitor*, pe care ar trebui să o recunoască statele, *la nivelul unei masive, noi, dezvoltări a dreptului internațional*, ar trebui să regăsim corpul celor trei generații actuale de drepturi – drepturile civile și politice, drepturile economice, culturale, sociale, drepturile de solidaritate – la care se adaugă alte drepturi recente (dreptul la fericire, conceptul de responsabilitate corporativă socială sau dreptul omului de a fi la adăpost de impactul distructiv al deciziilor corporatiste, transnaționale sau naționale, dreptul omului la a fi la adăpost de stresul negativ individual sau colectiv; dreptul la prosperitate etc.).

Printre aceste *noi drepturi*, pe care statele ar trebui să le consacre *în beneficiul generațiilor viitoare, ale omului viitor*, considerăm că ar intra drepturi care ar alcătui o așa-numită „*categorie a V-a a drepturilor omului*” (prin referire la destinatarul lor): drepturile generațiilor viitoare la un mediu planetar curat și sănătos; dreptul la dezvoltare al generațiilor viitoare; dreptul generațiilor viitoare la a se bucura de un mediu internațional pașnic și sigur, eliberat de spectrul războiului; dreptul generațiilor viitoare la a beneficia de un mod de viață urban decent, sigur, liniștit, ne-poluat, relaxat (în condițiile consecințelor negative datorate aglomerărilor urbane, ale urbanizării globale); dreptul omului din viitor și al generațiilor viitoare la a fi la adăpost de stresul negativ excesiv individual sau colectiv; dreptul la pace și securitate al umanității viitoare; principiul non-discriminării între generațiile prezente și generațiile viitoare în privința asigurării beneficiului egal la resursele planetei și la un nivel de dezvoltare cel puțin egal cu acela atins de umanitatea prezentă; dreptul omului din viitor și al generațiilor viitoare la a trăi o viață demnă, cel puțin decentă, prosperă, liberă, de a fi la adăpost de foame, frică, teroare, mizerie; dreptul omului din viitor la prosperitate; dreptul omului din viitor de a beneficia de condiții de urbanizare decente, sustenabile, de eco-orașe, de o existență urbană nepoluată, relaxată, liniștită, sănătoasă; drepturile consumatorului viitor la produse și servicii sustenabile; dreptul umanității viitoare la eco-dezvoltare; drepturile naturii (dreptul planetei de a se proteja prin mecanisme juridice specifice de acțiunea distructivă a civilizației umane și de a chema în justiție statele și companiile pentru impactul distructiv al deciziilor, măsurilor, politicilor lor asupra calității și integrității mediului înconjurător).

Astfel, categoria a V-a de drepturi ale omului presupune drepturi care se referă la o *dimensiune de protecție juridică a omului viitor, a umanității viitoare, a generațiilor viitoare*, acestea trebuind să primească și *calitatea de subiecte de drept internațional* (sau de drept global al mediului), necesară pentru a asigura pe această cale, atât supraviețuirea

speciei umane, cât și integritatea mediului înconjurător global, a biosferei în ansamblul său, unde omul este o parte componentă, și nu o ființă autonomă. Drepturile omului viitor, ale umanității viitoare, ale generațiilor viitoare nu pot fi desconsiderate, privite ca și cum ar fi o fantezie; este necesară abandonarea unei mentalități obtuze care a caracterizat dreptul internațional și care se prelungește și la începutul sec. XXI, în ciuda provocărilor globale de mediu care se cer rezolvate inclusiv printr-o *viziune extinsă și flexibilă asupra conceptului de dezvoltare durabilă*. Conferirea calității de subiecte de drept internațional (sau global al mediului) pentru generațiile viitoare, umanitatea viitoare, pentru omul din viitor, pentru planeta Pământ și natură, reprezintă o *modalitate juridică de a reglementa și acoperi un vid normativ* care persistă și azi, ca efect al viziunii obtuze, de tip absolutisto-patrimonialist (toate drepturile asupra mediului, asupra planetei aparțin nelimitat generațiilor prezente, care le pot folosi după bunul plac, fără constrângeri și fără a se gândi la generațiile viitoare și la drepturile lor). Or, aceasta este o concepție viciată despre dreptul internațional, despre om și natură, care se cere a fi depășită, prin modificări esențiale la actualele corpuri normative internaționale privind mediul înconjurător și drepturile omului.

Concluzii

De aceea, considerăm că *este responsabilitatea omului din prezent* de a se preocupa de asigurarea unui nivel de protecție corespunzător *pentru umanitatea viitoare* (transformată, recomandăm noi, în *subiect juridic distinct*, calitate ***consacrată printr-un tratat/pact internațional privind în special drepturile umanității viitoare***), de a garanta generațiilor viitoare beneficiul real, eficace, al drepturilor omului.

Lipsa de viziune și dezinteresul față de soarta generațiilor viitoare ilustrează o concepție primitivă, depășită, egoistă, asupra civilizației umane, chiar și iresponsabilitate, o atitudine ce nu este de dorit din prisma marilor provocări cu care se confruntă umanitatea chiar începând cu momentul prezent și care vor avea efecte pe termen lung asupra dezvoltării civilizației umane în ansamblu.

SECURITATEA NAȚIONALĂ – TEMEI AL RESTRÂNGERII EXERCITĂRII UNOR DREPTURI ȘI LIBERTĂȚI FUNDAMENTALE

*Ina Raluca TOMESCU**

Abstract:

The consecration and guarantee of fundamental rights and freedoms does not exclude the possibility of establishing limitations in their pursuit. The European and international documents referring to human rights recognize, along with the catalog of guaranteed rights, the conditions restricting the exercise of these rights and freedoms when they come into conflict with national security, general interests, public order, public morality or exercise of the rights and freedoms of others.

Keywords: *security, human rights, restricting the exercise of fundamental rights and freedoms, the European Union*

Securitatea ocupă un loc central între preocupările actuale ale gândirii filosofice, întrucât omenirea, care pare incapabilă să coexiste armonios, domină multe dintre condițiile ce determină această stare pe diferite niveluri ale organizării sociale: individual, grupal, național, regional sau global¹.

Securitatea lumii, a continentelor, a unor zone sau regiuni, a fiecărei țări în parte constituie o problemă de viață internă și internațională, un proces continuu în care se îmbină permanent, printr-un act integrator, toate evenimentele trecute, prezente și viitoare, fiecare participând, mai mult sau mai puțin, la întărirea securității sau, dimpotrivă, la destabilizare.

Problema securității este una ce dobândește tot mai multe dimensiuni: dimensiunea economică, dimensiunea socio-profesională, dimensiunea educației, dimensiunea protecției sociale și sănătății².

Noile dezvoltări ale mediului de securitate fac necesare măsuri de redefinire, reconfigurare și reconstruire pe noi piloni a dreptului la securitate individuală, națională și colectivă și reglementare a noilor forme de cooperare³.

În literatura de specialitate românească, securitatea națională a fost definită ca reprezentând „starea în care trebuie să se găsească un stat pentru a putea să se dezvolte liber și să acționeze neîngrădit pentru promovarea intereselor fundamentale proprii”⁴, „o stare caracterizată printr-un ansamblu de condiții sociale, economice, politice, de mediu, culturale etc., propice desfășurării normale a vieții și activității indivizilor și

* Cercetător științific asociat – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române”; Conf. univ. dr. – Universitatea „Constantin Brâncuși” din Târgu-Jiu, Facultatea de Științe ale Educației și Management Public; e-mail: ina.tomescu@gmail.com

¹ Celac S., *Geopolitica energiei. Evoluții recente*, în revista Mileniul III, 1999, pp. 43-50.

² Gorun A., *Geopolitică, Geostrategie, Globalizare*, Ed. Academica Brâncuși, Târgu-Jiu, 2010, p. 172.

³ Trocan L. M., *Drept internațional public*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 7, 23, 24, 107, 108, 109.

⁴ Onișor C., Frunzăverde S., *Arta strategică a securității și integrării europene*, Ed. A'92, Iași, 2002, p. 122.

comunităților umane dintr-un spațiu delimitat geografic, într-o perioadă de timp riguros determinată”⁵, „o stare de echilibru dinamic al unui sistem, în care au loc diverse procese organizate sau dezorganizate, iar elementul subiectiv, inerent politicii de securitate, determină o goană frenetică a tuturor statelor după securitate, rezultatul, fiind, de fapt, contrar”⁶.

Consacrarea și garantarea drepturilor și libertăților fundamentale nu exclude posibilitatea stabilirii unor limitări în exercitarea lor. Societatea democratică și statul de drept se fundamentează pe respectul și ocrotirea drepturilor și libertăților fiecărui individ, dar totodată și pe promovarea unor valori comune care trebuie apărute.

În prezent, toate documentele internaționale cu referire la drepturile omului, precum și constituțiile moderne, recunosc alături de catalogul drepturilor garantate și condițiile restrângerii exercițiului acestor drepturi și libertăți atunci când vin în conflict cu securitatea națională, interesul general, ordinea publică, morala publică sau exercițiul drepturilor și libertăților altor persoane. Menționarea acestor condiții nu reflectă voința de a restrânge, ci aceea de a apăra viața persoanelor și viața publică de consecințele unor manifestări excesive a indivizilor⁷.

Îngrădirile drepturilor și libertăților fundamentale pot fi dispuse de către state în situații excepționale. Pentru a evita pericolul ca derogările să devină arbitrar, instrumentele juridice internaționale stabilesc o serie de condiții: să fie aplicate numai în situații excepționale; să fie strict adecvate la situația de fapt; să fie compatibile cu celelalte obligații pe care statele părți le au potrivit dreptului internațional public; să nu fie discriminatorii⁸. În plus, statele, care impun derogări de la drepturile individuale, trebuie să informeze forurile internaționale competente care exercită un control internațional cu privire la modul în care statele respectă proporționalitatea între măsurile dispuse și starea de fapt care le-a justificat⁹.

Restrângerea exercitării drepturilor și libertăților fundamentale în documentele internaționale

Documentele internaționale privind drepturile omului conțin, alături de un catalog propriu al drepturilor și libertăților garantate, și clauze derogatorii sau care restrâng exercițiul acestor drepturi și libertăți¹⁰.

⁵ Dușu P., *Amenințări actuale la adresa securității*, în *Impact strategic*, nr. 4/2004, p. 64.

⁶ Ozunu M.V., *Securitatea – concept multinațional*, în *Revista Fundației Colegiului Național de Apărare*, nr. 2/2002, București, pp. 39-40.

⁷ Andreescu G., *Înstrăinarea de valorile civice prin abuzul drepturilor constituționale de marjă*, în Gabriel Andreescu, Miklos Bakk, Lucian Bojin, Valentin Constantin, *Comentarii la Constituția României*, Ed. Polirom, Iași, 2010, p. 52.

⁸ Andreescu M., *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 302-303.

⁹ Micu D., *Garantarea drepturilor omului în practica Curții Europene a Drepturilor Omului și în Constituția României*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 145.

¹⁰ Trocan L. M., *Quelques considérations sur la Loi no. 298/2008 par rapport aux prévoyances constitutionnelles de la Roumanie et aux documents internationaux de garantie et de protection des droits de l'homme*, *Proceedings of the 1st International Scientific Conference "The Role and Place of Law in a Society Based on Knowledge"*, „Academica Brâncuși” Publisher, Târgu-Jiu, 2009, pp. 578-589; Trocan L. M., *Garantarea dreptului la apărare în lumina dispozițiilor tratatelor internaționale specializate în materia*

*Declarația universală a drepturilor omului*¹¹ a fost adoptată „ca ideal comun către care trebuie să tindă toate popoarele și toate organele societății, având în vedere permanent această declarație, să se străduiască, prin învățătură și educație, să dezvolte respectul pentru aceste drepturi și libertăți și să asigure, prin măsuri progresive de ordin național și internațional, recunoașterea și aplicarea lor universală și efectivă, atât în cadrul statelor membre înseși, cât și în teritoriile aflate sub jurisdicția lor”¹².

Declarația recunoaște că drepturile pe care le proclamă nu sunt absolute. Ea dă posibilitatea statelor să adopte legi care să limiteze exercițiul acestor drepturi, cu condiția ca unicul scop al acestei limitări să fie „asigurarea recunoașterii corespunzătoare și respectării drepturilor celorlalți și a compatibilității cu cerințele îndreptățite privind moralitatea, ordinea publică și bunăstarea generală într-o societate democratică” (art. 29, par. 2). Art. 30 limitează autoritatea unui stat de a impune aceste restricții: „nimic din această declarație nu poate fi interpretat ca implicând pentru vreun stat, grup sau persoană, vreun drept de a se angaja în vreo activitate sau de a săvârși un act în scopul de a desființa oricare dintre drepturile și libertățile consacrate”¹³.

*Convenția europeană a drepturilor omului*¹⁴ reflectă, în întreaga ei economie, interdependența dintre pacea și securitatea internațională și respectul drepturilor omului. Conform preambulului său, libertățile fundamentale constituie „înseși bazele justiției și păcii în lume”.

În textul Convenției europene a drepturilor omului, securitatea națională este una dintre măsurile necesare într-o societate democratică care poate, în condițiile legi, să constituie un caz de restrângere a unor drepturi și libertăți fundamentale. Noțiunea este menționată expres în art. 6 (publicitatea dezbaterilor judiciare), art. 8 (dreptul la respectarea vieții private și de familie), art. 10 (libertatea de exprimare), art. 11 (libertatea de întrunire și de asociere) și în cuprinsul art. 2 din Protocolul nr. 4 (libertatea de circulație), alături de alte categorii juridice: „siguranța publică”, „bunăstarea economică a țării”, „apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor”, „protejarea sănătății sau a moralei”, „protecția reputației sau a drepturilor altora”, „protejarea drepturilor și libertăților altora”. Alături de acestea, art. 10 prevede în mod suplimentar și următoarele situații care justifică restrângerea exercițiului libertății de exprimare: „integritatea teritorială”, „pentru a împiedica divulgarea de informații confidențiale” și „pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești”¹⁵.

drepturilor omului și jurisprudenței CEDO, Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu-Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 4/2010, pp. 111-128.

¹¹ Adoptată la data de 10 decembrie 1948 prin Rezoluția nr. 217 A (III) a Adunării Generale a ONU.

¹² Luncan V., Duculescu V., *Drepturile omului. Studiu introductiv, culegere de documente internaționale și acte normative de drept intern*, Ed. Lumina Lex, București, 1993, p. 55.

¹³ Selejan-Guțan B., *Protecția europeană a drepturilor omului*, ed. a II-a, Ed. CH Beck, București, 2006, p. 8.

¹⁴ Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (cunoscută și sub denumirea de Convenția europeană a drepturilor omului) a fost semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 și a intrat în vigoare la 3 septembrie 1953. Convenția, amendată prin Protocolul nr. 3 din 21 septembrie 1970, Protocolul nr. 5 din 20 decembrie 1971 și Protocolul nr. 8 din 1 ianuarie 1990, a fost ratificată de România cu unele rezerve și declarații prin Legea nr. 30/1994, M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994.

¹⁵ Măță D.C., *Securitatea națională. Concept. Reglementare. Mijloace de ocrotire*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 111.

În catalogul drepturilor și libertăților fundamentale, garantate de Convenția europeană, dreptul la respectarea vieții private și de familie, libertatea de exprimare, libertatea de întrunire și de asociere și libertatea de circulație fac parte din categoria drepturilor condiționale, care se bucură de o protecție relativă și, în consecință, pot cunoaște limitări în exercitarea lor. Securitatea națională, și orice altă situație din cele enumerate, nu pot fi invocate ca temei al restrângerii exercițiului drepturilor intangibile, care formează „nucleul dur” al drepturilor omului, precum: dreptul la viață, dreptul de a nu fi torturat și de a nu fi supus la tratamente inumane sau degradante, interdicția sclaviei și aservirii, neretroactivitatea legii penale¹⁶.

Pentru ca un stat să poată restrânge exercițiul drepturilor și libertăților fundamentale prevăzute în art. 8, art. 10 și art. 11 din Convenție trebuie reunite următoarele trei condiții: ingerința să fie prevăzută de lege; ingerința să vizeze un scop legitim; ingerința să fie necesară într-o societate democratică pentru atingerea acestui scop legitim. Jurisprudența europeană a mai adăugat o condiție, și anume ca restrângerea să fie proporțională cu scopul urmărit¹⁷.

Dreptul statului de a restrânge exercițiul unor drepturi garantate de Convenție pe motiv că răspunde imperativului ocrotirii securității naționale nu trebuie să fie însă discreționar, deoarece nicio măsură necesară apărării societății democratice nu poate motiva atentatul disproporționat sau nejustificat la exercițiul drepturilor și libertăților individuale. În materia ingerințelor asupra libertății de exprimare în scopul protejării securității naționale, Curtea a subliniat că statele au obligația de a indica în mod exact care pasaje din cele difuzate pun în pericol securitatea națională sau creează riscul comiterii unor infracțiuni (*Kommersant Moldovy c. Moldovei*, hotărârea din 9 ianuarie 2007)¹⁸.

La 7 decembrie 2000, la Nisa, în cadrul unei reuniuni solemne, a fost semnat textul *Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene*, de către președintele Parlamentului European, președintele în exercițiu al Consiliului Uniunii Europene și președintele Comisiei Europene. Semnarea acestui document a reprezentat, neîndoielnic, un moment dintre cele mai importante pe drumul integrării europene, reafirmând convingerea semnatarilor că respectul drepturilor omului, al valorilor fundamentale, constituie regula fundamentală pe care se întemeiază colaborarea statelor europene¹⁹. Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene regroupează într-un text unic, pentru prima oară în istoria Uniunii Europene, ansamblul drepturilor civice, politice, economice și sociale ale cetățenilor europeni și ale tuturor persoanelor ce trăiesc pe teritoriul Uniunii.

Demersul de la nivelul Uniunii Europene privind natura juridică a Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene s-a finalizat la 12 decembrie 2007, când președinții Parlamentului European, Comisiei Europene și Consiliului UE au proclamat și au semnat Carta Europeană a Drepturilor Fundamentale. Odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, la 1 decembrie 2009, Carta dobândește forță juridică obligatorie.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 111-112.

¹⁷ Bîrsan C., *Convenția europeană a drepturilor omului, Comentariu pe articole*, vol. I. *Drepturi și libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 666.

¹⁸ Chiriță R., *Convenția europeană a drepturilor omului, Comentarii și explicații*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 542.

¹⁹ Andreescu G., *Cu privire la Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene*, în *Revista Română pentru Drepturile Omului*, nr. 19/2001, p. 35.

Tot Tratatul de la Lisabona este cel care a reprezentat o etapă decisivă în edificarea unei „Europe a securității”, fundamentată pe afirmarea solidarității și a nevoii de asigurare a unei politici de apărare comună. Au fost extinse competențele Uniunii Europene în materia combaterii acțiunilor teroriste, s-a fundamentat un sistem integrat de gestiune a frontierelor externe și s-au întărit prerogativele Europol și Eurojust. Totodată, s-a înființat un Comitet permanent de securitate internă cu scopul consolidării mijloacelor de cooperare operațională în acest sector. Pe aceste coordonate, în luna martie 2010, șefii de stat și de guvern au adoptat *Strategia de securitate internă a Uniunii Europene* care a identificat principalele amenințări la adresa securității statelor europene (terorismul, criminalitatea organizată, cybercriminalitatea, criminalitatea transfrontalieră, catastrofele de origine naturală sau umană) și a definit un model european de securitate. În cadrul acestui model, alături de principiul cooperării și solidarității statelor membre și al interdependenței între securitatea internă și securitate externă, una dintre principalele coordonate este aceea a prezervării unui just echilibru între securitate, libertate și viață privată²⁰.

Cu privire la întinderea și interpretarea drepturilor și principiilor prevăzute în cuprinsul său Carta precizează în cadrul art. 52 că orice restrângeri ale exercitării drepturilor și libertăților trebuie să respecte substanța acestor drepturi și libertăți și nu se poate face decât cu respectarea principiului proporționalității „în cazul în care acestea sunt necesare și numai dacă răspund efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniunea Europeană sau necesității protejării și drepturilor celorlalți”. Se poate observa un regim similar al restrângerilor acceptate de Carta drepturilor fundamentale și acelea prevăzute în Convenția europeană a drepturilor omului, aspect întărit și de prevederile alin. (3) al art. 52 care urmărește să asigure coerența de interpretare între cele două texte cu privire la înțelesul și întinderea drepturilor și libertăților, precum și a restrângerilor acceptate²¹.

Restrângerea exercitării unor drepturi și libertăți în Constituția României

Constituția României, intrată în vigoare în urma aprobării referendumului național din 8 decembrie 1991, a recunoscut drepturile și libertățile fundamentale în Titlul al II-lea *Drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale*. În anul 2003, a avut loc o revizuire a Constituției care a avut un efect pozitiv asupra acestei materii prin precizarea unora dintre drepturile și libertățile fundamentale în contextul pregătirii condițiilor necesare aderarea României la Uniunea Europeană²².

Art. 53 din Constituția României, *Restrângerea exercițiului unor drepturi și libertăți*, reglementează situațiile și condițiile în care este permisă restrângerea exercitării

²⁰ Măță D.C., *op. cit.*, p. 117; Trocan L.M., *Sanctions in Public International Law*, Volumul Conferinței Științifice Internaționale Days of Law 2009, organizată de Facultatea de Drept a Universității Masaryk din Brno, Republica Cehă, Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno: Masaryk University, 2009, (http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/mezin_soud/Trocan_Laura_Magdalena.pdf).

²¹ Predescu O., *Drepturile omului și Uniunea Europeană, în Reforma în dreptul civil și dreptul penal român în contextul european*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2009, p. 22.

²² Trocan L.M., The citizen rights and liberties within the constitutional evolution of Romania, *Annals of the Constantin Brancusi University of Târgu-Jiu, Letters and Social Sciences Series*, No. 4, 2013, pp. 46-50.

unor drepturi și libertăți fundamentale: „(1) Exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav. (2) Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății”.

Curtea Constituțională a României s-a pronunțat în ceea ce privește condițiile și limitele restrângerii exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți în sensul că legiuitorului constituant a vizat doar drepturile fundamentale, și nu orice drepturi subiective, indiferent că acestea izvorăsc din acte normative sau din acte consensuale²³. Restrângerea exercitării acestor drepturi este admisă pe temeiul că ea răspunde nevoii „de a asigura securitatea juridică a drepturilor și libertăților celorlalți, atât din perspectiva intereselor individuale, cât și a celor naționale sau de grup și a binelui public, fiind o modalitate de salvagardare a unor drepturi în situațiile în care exercițiul lor are un caracter social”²⁴. Totodată, instanța a reamintit că „drepturile individuale nu pot fi exercitate *in absurdum*, ci pot constitui obiectul unor restrângeri care sunt justificate în funcție de scopul urmărit. Limitarea exercițiului unor drepturi personale în considerarea unor drepturi colective și interese publice, ce vizează siguranța națională, ordinea publică sau prevenția penală, a constituit în permanență o operațiune sensibilă sub aspectul reglementării, astfel încât să fie menținut un just echilibru între interesele și drepturile individuale, pe de o parte, și cele ale societății, pe de altă parte”²⁵.

În ceea ce privește securitatea națională, ca temei legitim care justifică restrângerea exercitării unor drepturi și libertăți, Curtea Constituțională a recunoscut că interesul apărării acestei valori esențiale permite „restrângerea unor drepturi, prin limitarea impusă de legiuitor, restrângerea fiind în concordanță cu dispozițiile constituționale ale art. 53 alin. (1)”²⁶. Astfel, condițiile de validitate pe care trebuie să le îndeplinească orice măsură de restrângere a drepturilor și libertăților fundamentale sunt următoarele: a) să fie prevăzută de lege; b) să fie necesară într-o societate democratică pentru protejarea scopurilor legitime expres enumerate; c) să fie proporțională cu situația care a determinat-o; d) să fie aplicată în mod nediscriminatoriu; e) să nu aducă atingere existenței dreptului sau libertății²⁷.

²³ Dec. CCR nr. 24/1997 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 54 din Legea nr. 31/1991 privind activitatea bancară, publicată în M. Of. nr. 18 din 20 ianuarie 1998.

²⁴ Dec. CCR nr. 245/2004 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 65 alin. (3) din Legea nr. 360/2002 privind statutul poliștilor, cu modificările ulterioare, publicată în M. Of. nr. 716 din 9 august 2004.

²⁵ Dec. CCR nr. 1258/2009 referitoare la excepția de neconstituționalitate a prevederilor Legii nr. 298/2008 privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului sau de rețele publice de comunicații, precum și pentru modificarea Legii nr. 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice, publicată în M. Of. nr. 798 din 23 noiembrie 2009.

²⁶ Dec. CCR nr. 37/2004 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 10 și art. 11 din Legea nr. 51/1991 privind siguranța națională a României, publicată în M. Of. nr. 183 din 3 martie 2004.

²⁷ Selejan-Guțan B., *Drept constituțional și instituții politice*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 133.

Curtea Constituțională a reținut, cu valoare de principiu, că „interesul apărării securității naționale justifică restrângerea unor drepturi, prin limitarea impusă de legiuitor. Această restrângere este în consens și cu dispozițiile art. 31 alin. (3) din Constituție”²⁸. Analizând constituționalitatea unor dispoziții ale Legii nr. 51/1991 privind siguranța națională a României, instanța de contencios constituțional a reținut că „este necesar să se ia în considerare prevederile art. 31 alin. (3) din Constituție, în conformitate cu care dreptul la informație nu trebuie să prejudicieze securitatea națională, și prevederile art. 53 alin. (1) din Legea fundamentală, care stabilesc că exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns dacă se impune, între altele, pentru apărarea securității naționale”²⁹.

Necesitatea ocrotirii securității naționale este una dintre circumstanțele excepționale care impun adoptarea unor măsuri speciale în scopul înlăturării unor pericole grave care amenință valori sociale fundamentale sau chiar existența și funcționarea statului. Aceste măsuri au la rândul lor un caracter excepțional fiind caracterizate de modificarea modului normal de desfășurare a unor activități politice, sociale și economice, precum și de posibilitatea restrângerii exercițiului unor drepturi și libertăți colective sau individuale.

²⁸ Dec. CCR nr. 37/2004 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 10 și art. 11 din Legea nr. 51/1991 privind siguranța națională a României, publicată în M. Of. nr. 183 din 3 martie 2004.

²⁹ Măță D.C., *op. cit.*, p. 127.

DREPTUL ROMÂNESC FAȚĂ ÎN FAȚĂ CU DREPTUL INTERNAȚIONAL AL INVESTIȚIILOR STRĂINE. MISIUNEA IMPLICĂRII DREPTULUI EUROPEAN

*Cristina Elena POPA**

Abstract: *In the process of forming and evolution of law, the Romanian law has juxtaposed with international law, being currently subject of an analysis of the Romanian law, the international law of investment and the European law that by interference, have formed a legal system within those areas that are conditioned but do not overlap perfectly. For a correct analysis of the legal system, it must be understood the specific features of the legal domain and the knowledge of its importance, cumulated with identifying methods and study techniques, particularly, knowing the contributions brought for developing this legal system. Without emphasize the period stages, the paper covers how these three forms of law interferes, starting from the premise that the common denominator of evolution for both Romanian law as well as the international law of investment and European law is the level/phase of transition.*

Keywords: *foreign investment, European law, bilateral investment treaty and amendments*

Luând în considerare că Dreptul Uniunii Europene este dreptul unei organizații internaționale interguvernamentale cu caracter regional și de integrare economică și, desigur, în perspectivă, și politică, își găsește locul în prezenta lucrare analiza problematicii acordurilor bilaterale de investiții, dat fiind că acestea sunt liantul și subiectul cel mai dezbătut în cadrul sistemului de drept în care trebuie să conlucreze dreptul românesc, dreptul internațional al investițiilor și dreptul european.

Acordurile bilaterale de investiții și dreptul Uniunii Europene (sinteză)

Unele state membre continuă să încheie asemenea acorduri în nume propriu. Desigur, nu trebuie să ometem faptul că inițial Comunitatea Europeană a fost aceea care, prin Comisie, a condus și reprezentat interesele statelor membre în negocierile multilaterale comerciale începând de la Runda Tokyo. Următoarea rundă de negocieri, Runda Uruguay, s-a finalizat, așa cum se știe, prin Acordurile de la Marrakech în 1994, iar Uniunea Europeană a figurat ca parte în mai multe diferende, care a opus-o Statelor Unite în fața Oficiului pentru reglementarea diferendelor – ORD, organism al Organizației Mondiale a Muncii (WTO).

Există posibilitatea de a stabili care sunt principalele prevederi ale unui acord de investiții: tratamentul just și echitabil, tratamentul național și clauza națiunii celei mai favorizate, interzicerea exproprierii; liberul transfer al capitalurilor și evident când este

* Doctor în drept, cercetător științific asociat în cadrul Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române, asociat în cadrul Chartered Institute of Arbitrators, arbitru și mediator în cadrul Vienna International Arbitral Centre și membru în ArbitralWomen; email: cristina@adrlegal.ro.

cazul, cauza „umbrelă”. Aceste prevederi se regăsesc atât în acorduri de investiții preferențiale, cât și în acorduri de promovare a serviciilor și sub acest aspect pot fi considerate drept clauze comune.

Poziția Uniunii Europene în ceea ce privește acordurile bilaterale de investiții încheiate de statele membre cu state terțe are un caracter practic în raport cu cele aproape 1100 de asemenea acorduri în vigoare și în prezent. Este o procedură ce solicită timp dat fiind că înlocuirea rețelei de acorduri naționale se poate face doar gradual, de la caz la caz, în relația cu fiecare stat terț partener. Deși Regulamentul UE nr. 1219/2012 al Parlamentului European și Consiliului¹ privind stabilirea unor dispoziții tranzitorii pentru acordurile bilaterale de investiții încheiate între state membre și state terțe, afirmă competența exclusivă a Uniunii în această materie, mai ales pe considerentul că ar fi afectată materia liberei circulații a capitalurilor prin conceptul general promovat de Regulament de „înlocuire graduală”, se păstrează totuși vechile acorduri, ce vor fi gradual înlocuite cu acorduri semnate de către Uniune cu terții parteneri și totodată se menține posibilitatea formală că statele membre pot încheia în continuare BIT.

Statul român, membru UE

Trebuie avut în vedere și faptul că apartenența statului român la Uniunea Europeană nu a „închis” acordurile bilaterale încheiate în domeniul investițional de România înainte de obținerea calității de membru, iar Regulamentul numărul 1219/2012, confirmând formal că statele membre pot menține și încheia în continuare BIT sub condiția emiterii autorizației Comisiei, mai ales după cele semnate după 1 decembrie 2009 sau în cazul acordurilor viitoare, creează condițiile de stabilitate pentru asemenea tipuri de relații ale României cu terțe state. În aceeași ordine de idei, avem în vedere și noua generație de Acorduri de comerț liber care într-un fel, detaliază și suplimentează regimul GATS din cadrul WTO. Deocamdată considerăm că este un punct câștigat posibilitatea menținerii acordurilor bilaterale existente ale României cu state terțe, multe dintre ele inspirate din acordurile bilaterale cadru, promovate pe Continentul American și în Europa.

Cu toate acestea, Comisia Europeană a inițiat în iunie 2015, proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor împotriva a cinci state membre (Austria, Olanda, România,

¹ Comisia a solicitat statelor membre să denunțe BIT intra-UE pe care le-au încheiat, adresând scrisori de punere în întârziere unui număr de cinci state membre (Austria, Olanda, România, Slovacia și Suedia) cărora le-a solicitat deja clarificări prin intermediul unor dialoguri administrative, având în vedere că acordurile bilaterale în cauză au fost invocate în cadrul unor proceduri de arbitraj și au creat probleme legate de compatibilitatea cu legislația UE. Scrisorile de punere în întârziere constituie prima etapă a procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor prevăzute la art. 258 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene. Cea de-a doua etapă a procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor, este o solicitare din partea Comisiei sub forma unui aviz motivat. Dacă statele respective nu iau măsurile necesare în termen de două luni, Comisia va putea hotărî să sesizeze Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Tratatul bilaterale de investiții intra-UE nu mai sunt de actualitate și nu mai sunt necesare în condițiile unei piețe unice alcătuite din 28 de state membre. Trebuie să acționăm împreună pentru a ne asigura că actualul cadru juridic pentru investiții transfrontaliere pe piața unică funcționează eficace. În acest context, Comisia este gata să exploreze posibilitatea instituirii unui mecanism rapid și eficient de mediere a litigiilor legate de investiții, a declarat comisarul UE pentru stabilitate financiară, servicii financiare și uniunea piețelor de capital, Jonathan Hill. Principala problemă este că BIT intra-UE fragmentează piața unică, acordând drepturi anumitor investitori din UE în mod bilateral.

Slovacia și Suedia), solicitându-le să denunțe tratatele bilaterale de investiții pe care le-au încheiat între ele² ('BIT intra-UE').

România are încheiate peste 80 de acorduri privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor și care sunt acorduri în derulare chiar dacă anterior anului 2007 România a negociat acordurile bilaterale respective din poziția de stat importator, dar în calitate de membru al UE, devenind un posibil negociator din poziția de exportator de investiții față de state terțe limitrofe frontierelor UE (a se vedea de exemplu relațiile companiei Rompetrol cu compania națională a statului kazah). Desigur că s-a promovat un proces de modificare a tratatelor bilaterale în materie de investiții încheiate de România anterior obținerii calității de membru UE, tocmai pentru a se menține aceste înțelegeri, propunerile de amendare standardizate fiind formulate pentru a se asigura conformitatea acestor înțelegeri cu dreptul UE.

Dreptul românesc în fața unui val de modificări. Este aplicabilă modificarea actualelor BIT?

Ca propuneri de modificări/lege ferenda în plan internațional, aduc o propunere de îmbunătățire în sensul propunerii mele de a se regândi ca procedură, o reevaluare a AMI sub aspect conceptual și de conținut, pentru a-l transforma dintr-un proiect neadoptat, fără valoare în acest moment, într-un act internațional gen model, cu caracter facultativ, dar care să contribuie la o unificare a practicii convenționale. Reamintesc că în ultimii ani, doctrina de drept internațional a cunoscut asemenea finalizări de documente internaționale, care fără a fi convenții, sunt promovate drept ghiduri.

Această propunere este venită pe fondul constatării unei mari absențe la nivel internațional, aceasta fiind lipsa unei legi model în dreptul *internațional al investițiilor străine* și, în plan intern, voi prezenta în continuare mai multe propuneri care au menirea să contribuie la reglementarea regimului juridic al investițiilor străine.

Cu privire la propunerea mea de adoptare a unei legi model la nivel internațional, aduc și o critică asupra tentativelor de a se ajunge direct la un instrument *hard law*. După cum am arătat anterior, au eșuat eforturile adoptării unui tratat multilateral în domeniul investițiilor străine³. În 1995, OCDE a inițiat elaborarea unui acord multilateral de investiții în scopul creării unui cadru internațional unitar pentru raporturile investiționale internaționale. Însă, acest document nu se dorea a fi o lege model, ci s-a dorit a fi o codificare multilaterală, un instrument *hard law*. Din punctul meu de vedere, atingerea unui rezultat de acest gen a fost imposibilă, întrucât apariția bruscă a unui acord multilateral în domeniul investițiilor străine ar fi un *omisso medio*. Principalii actori în acest domeniu nu sunt pregătiți pentru o codificare generală obligatorie, ci au nevoie de exercițiul unei legi model. Ori tocmai acest *medio* ar putea fi îndeplinit, ca o treaptă spre

² Dispozițiile acestor tratate se suprapun cu legislația UE din domeniul pieței unice în ceea ce privește investițiile transfrontaliere și contravin acestora. Această situație este specifică BIT încheiate între state membre ale UE. În scrisorile sale de punere în întârziere, Comisia subliniază că aceste considerații sunt valabile doar în cazul tratatelor bilaterale care au rămas în vigoare între state membre ale UE. Aprecierile de mai sus nu privesc eventualele tratate de investiții încheiate de statele membre sau de Uniunea Europeană cu state terțe, în cazul cărora se aplica alte considerente.

³ Draftul acestui document poate fi vizualizat la: <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>

codificare, de apariția unei *legi model universale*, nu doar la nivel de stat sau la nivel bilateral, așa cum există în prezent.

Conform modelelor de legi în domeniul soluționării alternative a disputelor⁴, consider că încercările eșuate de a ajunge la un acord multilateral în domeniul investițiilor străine, ar putea fi transformate într-o lege model în domeniul investițiilor străine⁵, nu numai din perspectiva dezvoltării durabile.

În cadrul International Institute for Sustainable Development (IISD) a fost și este promovat documentul *A Model of International Agreement on Investment for Sustainable Development*⁶, în traducere: *Acordul Model în Investiții pentru Dezvoltare Durabilă*, fapt ce marchează primul efort fundamental de a revizui natura și scopul acordurilor internaționale de investiții, deoarece modelul actual a fost dezvoltat în urmă cu aproape 50 de ani.

O propunere de lege ferenda vizează modificarea tratatelor existente privind investițiile străine, în care parte este un stat membru UE, în acordanță cu tratatele de investiții noi, apărute după intrarea în vigoare a regulamentelor UE.

Pe lângă faptul că modelele actuale ale acordurilor de investiții, abordează doar drepturile investitorului străin, acestea nu prevăd reglementări clare în ceea ce privește siguranța economiei naționale a statului gazdă, dar nici nu cuprind armonizări cu acqui-sul comunitar.

Un exemplu elocvent este cuprins în Regulamentul (UE) nr. 912/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014 de instituire a unui cadru pentru gestionarea răspunderii financiare legate de instanțele de soluționare a litigiilor între investitori și stat, stabilite prin acordurile internaționale la care Uniunea Europeană este parte. Acest Regulament prevede că: „În cazul în care Uniunea, ca entitate cu personalitate juridică, are responsabilitatea internațională pentru un tratament acordat, este de așteptat, în virtutea dreptului internațional, ca Uniunea să plătească orice obligații stabilite împotriva sa printr-o hotărâre și să suporte cheltuielile aferente oricărui litigiu. Cu toate acestea, o hotărâre potrivnică poate decurge dintr-un tratament acordat de Uniunea însăși sau dintr-un tratament acordat de un stat membru. În consecință, nu ar fi echitabil să se plătească de la bugetul Uniunii obligațiile stabilite printr-o hotărâre

⁴ Spre exemplu, Legea model UNCITRAL privind arbitrajul comercial internațional a fost elaborată de UNCITRAL și adoptată de către Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional la 21 iunie 1985. Din 2006 și până astăzi, această lege model a fost modificată succesiv, cuprinzând în prezent dispoziții mai detaliate cu privire la măsurile provizorii. Legea model nu este obligatorie, dar *statele o pot adopta individual prin încorporarea în dreptul lor intern* (de exemplu, Australia prin Legea Internațională de Arbitraj 1974, cu modificările ulterioare sau Austria prin Regulile de arbitraj VIAC. Existența unei astfel de legi model a propulsat arbitrajul internațional și a determinat acordarea unei atenții pantagruelice alegerii arbitrajului pentru soluționarea disputelor. Aceeași soluție se impune și în domeniul investițiilor străine. Un alt exemplu din acest domeniu ADR este dat și de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002).

⁵ O inițiativă de succes a fost adoptarea unei legi model https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf

⁶ Cea mai cunoscută definiție a dezvoltării durabile este cu siguranță cea dată de Comisia Mondială pentru Mediu și Dezvoltare (WCED) în raportul „Viitorul nostru comun”, cunoscut și sub numele de Raportul Brundtland: „Dezvoltarea durabilă este dezvoltarea care urmărește satisfacerea nevoilor prezentului, fără a compromite posibilitatea generațiilor viitoare de a-și satisface propriile nevoi”. A se vedea <http://www.eytv4scf.net/wced-ocf.htm>

potrivnică și cheltuielile arbitrajului în cazul în care tratamentul a fost acordat de un stat membru, cu excepția cazului în care tratamentul respectiv este impus de dreptul Uniunii. Prin urmare, este necesar ca răspunderea financiară să fie repartizată, din punctul de vedere al dreptului Uniunii, între Uniunea însăși și statul membru responsabil de tratamentul acordat, pe baza criteriilor stabilite de prezentul regulament.,,

O altă modificare a acordurilor bilaterale în discuție ar fi trebuit să fi fost deja implementată, însă acest proces de armonizare este întârziat; aceasta se referă la conformizarea BIT existente (din punctul de vedere al efectelor acestora pentru viitor) cu Regulamentul (UE) nr. 1219/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 12 decembrie 2012 de stabilire a unor dispoziții tranzitorii pentru acordurile bilaterale de investiții încheiate între state membre și țări terțe. Acest Regulament prevede: „Deși acordurile bilaterale de investiții rămân obligatorii pentru statele membre în temeiul dreptului internațional public și vor fi înlocuite progresiv de acorduri ale Uniunii privind același subiect, condițiile menținerii lor în vigoare și relația lor cu politica Uniunii în materie de investiții necesită o gestionare adecvată. Această relație va evolua pe măsură ce Uniunea își va exercita competența.,, Aceste modificări sunt imperios necesare *în situația în care nu se dorește desființarea acestora, ci integrarea compatibilității prevederilor lor cu normativul European, pentru menținerea lor în vigoare.*

Modificările acestor acorduri ar trebui să se bazeze pe recunoașterea faptului că un acord de investiții este în mod fundamental structurat pe buna guvernare, pe protecția drepturilor investitorilor și pe obligațiile și drepturile statului gazdă și pe faptul că răspunderea este o parte esențială a acestei ecuații.

În plan național, cât privește dreptul intern, propunerile de lege ferenda se referă la unificarea actelor normative existente într-un Cod al investițiilor internaționale.

Ordonanța de urgență nr. 92/1997 privind stimularea investițiilor directe, aprobată prin Legea nr. 241/1998, text publicat în Monitorul Oficial al României, în vigoare de la 30 decembrie 1997 are 18 articole, insuficiente⁷ pentru o reglementare fără echivoc a tuturor aspectelor relative la regimul juridic al investițiilor străine în corelație cu nevoia reală de reglementare în domeniu a statului român și a investitorilor⁸. Acest act normativ trebuie modificat astfel încât, să cuprindă reglementări utile, complete și armonizate pe deplin cu acquis-ul comunitar⁹. Aduc din nou o critică asupra modului în care actele normative interne au definit investiția străină, subliniind că la nivel global, există

⁷ De altfel, art. 1 din acest act normativ, prevede că: „prezenta ordonanță de urgență stabilește *regimul juridic general privind garanțiile și facilitățile de care beneficiază investitorii și investițiile directe în România.*”

⁸ Legea nr. 35/1991 privind regimul investițiilor străine a fost în vigoare de la 10 aprilie 1991 până la 19 iunie 1997, fiind abrogată și înlocuită de Ordonanța de urgență nr. 31/1997 privind regimul investițiilor străine în România, care a fost în vigoare de la 19 iunie 1997 până la 16 decembrie 1998, fiind și aceasta abrogată și înlocuită la rândul său de Ordonanța de urgență nr. 92/1997. Legea nr. 35 din 1991ce avea ca formulă de început: „*în vederea atragerii investițiilor străine în România se adoptă prezenta lege, care cuprinde dispoziții de natură să asigure investitorilor străini garanții și facilități, precum și folosirea integrală și nelimitată a rezultatelor.,,*” față de aceste politici inițiale, se constată actualitatea unei politici prudente, însă tot nu este atins nivelul de armonizare cerut de recomandările și directivele europene.

⁹ Termenul *acquis comunitar* desemnează totalitatea drepturilor și a obligațiilor comune care decurg din statutul de stat membru al Uniunii Europene. Incluzând, pe lângă tratate, și actele adoptate de către instituțiile UE, *acquis-ul comunitar* este în continuă evoluție.

numeroase încercări de redefinire a acestei noțiuni (a se vedea eforturile Chinei pentru promulgarea unei noi legi a investițiilor internaționale).

În plus, în timp ce statele dezvoltate au în cuprinsul lor un echilibru între răspunderea statului și protejarea siguranței naționale, aceste elemente lipsesc aproape în totalitate din legislația românească de reglementare a regimului juridic al investițiilor străine.

Se impune așadar, adoptarea unui nou act normativ, *un Cod al investițiilor internaționale*, care să reunească toate modificările și prevederile relative la investiții regăsite în legislația română și care să conțină prevederi complete referitoare la regimul juridic al investițiilor străine, inclusiv cu privire la asistența și protecția consulară pe care trebuie să o acorde misiunile diplomatice și consulare ale României investitorului național aflat în nevoie de protecție pe teritoriul unui stat terț, precum și o revizuire a sistemului național de securitate în domeniul investițiilor străine, ceea ce va conduce la consolidarea și extinderea regulilor de securitate națională, aspecte ce vor avea o contribuție și un impact de importanță în reglementarea răspunderii statului.

Acest cod al investițiilor internaționale ar fi recomandabil să conțină și reglementări privind dreptul penal al investițiilor străine.

Să cunoaștem mai mult și mai bine

O altă propunere de *lege ferenda* vizează dezvoltarea dreptului internațional al investițiilor străine prin aplicarea principiului L&D¹⁰ (Law & Development) în cadrul școlii românești de drept. Principiul L&D a început a fi aplicat cu succes în statele dezvoltate în urmă cu aproximativ 30 de ani, prin introducerea, printre alte măsuri, a unor discipline de drept noi și moderne în universități, astfel încât studenților la drept să li se confere posibilitatea de a contribui în mod concret la dezvoltarea unor noi ramuri de drept.

Consider că această propunere de *lege ferenda* se poate realiza și în România, fiind deosebit de utilă pentru educarea viitorilor specialiști și pentru dezvoltarea dreptului internațional al investițiilor străine. De asemenea, formulez și propuneri privitoare la crearea cadrului profesional la nivel de competență a persoanelor fizice și/sau juridice implicate în activitatea instituțională.

Astfel, procedura de introducere a unei noi unități de curs/disciplină (UC) se înscrie în politicile și strategiile de actualizare a conținutului planului de învățământ în acord cu solicitările sistemului național, cu noile achiziții în domeniul științelor fundamentale, cu nevoile profesionale ale absolventului și cu obiectivele educaționale instituționale, dar și cu tendințele de globalizare a problemelor de investiții străine și a educației de specialitate. La baza procedurii stau: Statutul personalului didactic, Legea învățământului, Carta Universității, documentele interne de dezvoltare curriculară și procesul instituțional de management al calității. Toate acestea fac posibilă introducerea ca disciplină opțională sau specială, a studierii în facultățile de drept din România a dreptului internațional al investițiilor străine. Evident că sub aspectul doctrinei românești

¹⁰ A se vedea Newton Scott, *The Dialectics of Law and Development*, publicat în *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, editat de David M. Trubek and Alvaro Santos la Cambridge University Press, 2006, p. 174 și urm.

în materie, acest fapt ar fi o împlinire a cercetărilor efectuate în domeniile tot mai specializate guvernate de dreptul internațional și de relațiile internaționale.

În legătură cu aspectele de mai sus, la nivel internațional, spre exemplu, facultatea de drept din Helsinki (din cadrul Universității din Helsinki, Finlanda) are printre principalele discipline de studiu dreptul internațional¹¹ cu subdisciplinele: drepturile omului, dreptul comerțului internațional, dreptul investițiilor internaționale, dreptul internațional al mediului și dreptul umanitar. De asemenea, în Turcia, se află deja în curs de implementare, noua disciplină a dreptului investițiilor străine. În cazul Turciei, legislația permite reunirea a două instituții de învățământ superior, pentru pregătirea unei anumite categorii de studenți. Această posibilitate poate oferi și pentru România un model de cooperare în domeniul nostru de analiză. De exemplu, Turku Law School (TLS) este o organizație de cooperare care implică cele două universități din Turcia: Facultatea de Drept și Școala de Economie Turku de la Universitatea din Turcia și Facultatea de Drept a Universității Akademi Åbo. Unul dintre principalele obiective ale acestei cooperări este de a combina resursele acestor instituții, în scopul de a oferi studenților străini¹² o gamă largă de cursuri de drept de înaltă calitate predate în limba engleză.

În Marea Britanie, facultățile de drept au implementat cu un succes neașteptat noua disciplină a dreptului internațional al investițiilor străine. UCL Faculty of Laws, fondată în 1827 oferă studenților săi module de curs atât ca subdisciplină de studiu în cadrul dreptului internațional, cât și ca studii master. La nivel universitar internațional, toate universitățile, în special cele prestigioase (Cambridge University, Oxford University) au în programele de master dreptul internațional al investițiilor străine tratat ca disciplină individuală. Facultatea de drept din cadrul Universității Oxford¹³ cuprinde ca subdisciplină a dreptului internațional public, studiul dreptului internațional al investițiilor străine. De remarcat că în toate facultățile de drept de prestigiu, se studiază dreptul internațional al investițiilor străine, separat sau numai în cadrul dreptului internațional public, și nu în cadrul altor discipline la care ne puteam aștepta, cum ar fi: dreptul internațional economic, dreptul european sau dreptul comerțului internațional, aceste discipline fiind considerate insuficient de cuprinzătoare pentru subdisciplina dreptului internațional al investițiilor străine.

Concluzii

Rezumând, se poate constata că regimul juridic al investițiilor străine poate evolua numai printr-o cooperare în acest domeniu a tuturor specialiștilor pentru consolidarea coeziunii legislative, economice și sociale, prin crearea unui cadru legislativ complet, precum și printr-o promovare a unor politici guvernamentale adecvate.

¹¹ Aceștia consideră că dreptul internațional a cunoscut în evoluția sa o extindere impresionantă; un alt corolar al acestui fapt este că dreptul internațional nu mai este doar preocuparea diplomaților, politicienilor și judecătorilor, devenind de asemenea, preocuparea juriștilor din dreptul societar, a activiștilor pentru drepturile omului, a campaniilor de mediu și a diverselor altor grupuri care apără și critică diferite tipuri de privilegii sociale și dezavantaje prin prisma dreptului internațional.

¹² Având în vedere că Åbo Akademi University și University of Turku sunt două universități diferite, ele au, de asemenea, registre separate pentru studenți. Studenții trebuie să aibă numere de legitimații separate pentru ambele universități, în cazul în care intenționează să participe la cursurile de la ambele programe.

¹³ A se vedea pagina oficială de internet a Oxford Faculty of Law: <https://www.law.ox.ac.uk/admissions/options>

RETRAGEREA VOLUNTARĂ SAU EXCLUDEREA UNUI STAT DIN UNIUNEA EUROPEANĂ. CONSECINȚELE ASUPRA MODELULUI DE ADMINISTRARE A MEDIULUI

*Cristina M. KASSAI**

Abstract:

This paper serves as an overview of the potential outcomes for the environment and for the environment policy of the state pulling back from the European Union, in light of various situations for the state's future association with its neighbors. The evaluation recognizes potential impacts on the choices to be made in a future outside the European Union, including worldwide assertions, the changing setting and as of now already settled arrangement positions. It expands an outline of the European Union's record, especially in creating and applying ecological arrangements.

There is noteworthy vulnerability about the way of the state's future association with the European Union taking after a vote to clear out. The extensive variety of potential situations can, be that as it may, darken the level headed discussion on the effects not out of the ordinary. Keeping in mind the end goal to clear up the potential ecological outcomes, the paper distinguishes the two essential alternatives that seem open. These depend on whether the state holds access to the European Union's interior market or not.

Membership of the European Union has had, and keeps on having, a noteworthy positive effect on environmental outcomes, with cleaner air, water and seas than generally could be normal for the state without being in the European Union. This is a result of a scope of authoritative, financing and different measures with the possibility to work in blend. EU environmental legislation is based by a hard lawful execution necessity of a kind that is rarely present in international agreements, which is more convincingly durable and less subject to policy risk, than national legislation.

Keywords: *withdrawal of a state from the European Union, environmental consequences, the potential policy*

1. Politicile Uniunii Europene care afectează mediul

Politica comunitară în domeniului mediului se înscrie în rândul așa-ziselor politici de „acompaniament”, denumite astfel pentru a evidenția rolul lor secundar, în raport cu cele aferente „pieței unice”¹. Deși în primii ani de dezvoltare a Uniunii Europene nu s-a acordat prea multă atenție mediului, acest lucru s-a schimbat considerabil. A fost stabilit un set cuprinzător de politici, formând ceea ce în prezent reprezintă unul dintre organismele cele mai influente ale legislației de mediu din lume. Această tranziție s-a realizat cu implicarea activă și acordul explicit al guvernelor europene, printr-un proces legislativ care necesită acordul majorității substanțiale a țărilor. Marea Britanie a fost printre cele mai influente state membre în elaborarea politicilor Uniunii Europene. În

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, București, România; e-mail: kassai_cristina@yahoo.com.

¹ Duțu Mircea, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 73.

prezent există o strânsă legătură între Marea Britanie, Uniunea Europeană și dreptul internațional al mediului, iar părăsirea Marii Britanii din Uniunea Europeană va duce la separare, reprezentând o provocare considerabilă și o sursă de incertitudine semnificativă pentru viitor.

Mai sunt și alte politici ale Uniunii Europene care au un impact semnificativ asupra mediului, cum ar fi politicile privind agricultura, pescuitul, cercetarea și dezvoltarea, comerțul și afacerile externe. Două dintre acestea – Politica Agricolă Comună (PAC) și Politica Comună în domeniul Pescuitului (PCP) – prezintă o importanță deosebită în cazul Marii Britanii, întrucât acestea ar înceta să se aplice în Regatul Unit ca efect al ieșirii din Uniunea Europeană, indiferent de viitoarele relații internaționale. Astfel, ar putea apărea întrebări imediate cu privire la consecințele asupra mediului.

2. Rolul Uniunii Europene în politica de mediu

Dezvoltarea politicii de mediu în Uniunea Europeană a avut loc pe parcursul mai multor decenii, începând din 1970, și continuă și astăzi, dezvoltând unele dintre punctele forte, cât și punctele slabe ale adoptării unei abordări comune europene. Ea se bazează pe logica că multe probleme de mediu sunt transfrontaliere în caracter sau de impact și sunt mai bine abordate prin acțiunea de cooperare decât în mod unilateral. A face parte dintr-un bloc unificat puternic a permis Uniunii Europene să aibă o voce influentă în cadrul negocierilor internaționale cu privire la problemele de mediu la nivel mondial². În paralel, importanța crescândă a pieței unice a oferit un impuls pentru a crea norme comune ale Uniunii Europene, în special pentru standardele de produs, ajutând la evitarea diferențelor problematice în normele naționale.

Procesul relativ pretențios al acceptării măsurilor în cadrul Uniunii Europene se poate extinde pe parcursul mai multor ani, mai ales în cazul în care problemele în discuție sunt complexe și compromisurile între diferitele viziuni privind protecția mediului sunt adesea necesare³. Odată aprobate însă aceste măsuri, domeniul lor de aplicare geografică poate avea un impact major. Multe dintre cele mai importante măsuri (privind calitatea apei, climă, deșeuri etc.), implică anumite cerințe pentru a îndeplini obiectivele pe termen mediu sau lung. Această abordare oferă un sentiment clar al direcției și totodată un impuls, facilitând astfel, în multe țări, o abordare mai ambițioasă decât s-ar putea simți în cazul adoptării și acționării pe cont propriu.

Extinderea Uniunii Europene la 28 de țări a creat o diversitate mai largă de condiții, interese și puncte de vedere, adăugând la complexitatea negocierilor. Preocupările naționale trebuie să fie luate în vedere acolo unde este posibil, să se țină seama de tradițiile de reglementare existente, pentru a reflecta specificitatea problemelor politice din cadrul fiecărui stat membru. De asemenea, este necesar a se respecta principiul important juridic al „subsidiarității”, care urmărește asigurarea că Uniunea Europeană acționează doar atunci când este de preferat ca acțiunile să fie luate la nivelul comunității europene. Procesul de dezvoltare a legislației poate fi de lungă durată, în parte pentru că este mult mai deschis la controalele și echilibrele proceselor democratice atât la nivel național, cât și european, decât mass-media recunoaște acest lucru. Chiar dacă există un

² Haigh, Nigel, *EU Environmental Policy – its journey to centre stage*, Routledge, London, 2016, p. 25.

³ P. Sands, *Principles of International Environmental*, Cambridge, 2012, p. 85.

acord, măsurile sunt schimbate destul de rar, creând astfel încredere considerabilă în cadrul juridic de bază și direcția politică pe termen lung. Acest lucru ajută autoritățile publice și investitorii privați în planificarea lor cu mai multă încredere. Un sistem de planificare strategic orientat pe revizuirile periodice ale viitoarelor provocări, s-a dovedit a fi unul dintre beneficiile acțiunii la nivelul Uniunii Europene.

Prin adoptarea unor norme comune pentru produse, precum și a standardelor în toate statele membre se intenționează să se evite denaturarea concurenței și împiedicarea guvernelor de a duce la scăderea standardelor naționale în scopul beneficiilor de propriile industrii. Multe întreprinderi au beneficiat de stabilirea acestor norme comune și dintr-o abordare mai armonizată. Standardele comune ridicate au creat o piață nouă și considerabilă pe un interval de timp previzibil pentru o gamă largă de produse mai ecologice, de la bunuri electrice mai eficiente până la mașini și bunuri de uz casnic, cu mai puține substanțe chimice toxice. În timp ce standardele în creștere au generat o serie de costuri, în special în anumite industrii stabilite unde au fost necesare investițiile în sistemele de producție mai curate, acestea le-au creat, de asemenea, piețe și oportunități de afaceri noi. Au existat atât efecte pozitive, cât și negative asupra ocupării forței de muncă, care sunt dificil de cuantificat pentru politica de mediu a Uniunii Europene în ansamblul său. Aceste așa numite industrii eco reprezintă o proporție semnificativă a investițiilor noi iar inițiativa în curs de dezvoltare a Uniunii Europene pentru a construi o „economie circulară” ar putea extinde această piață mai departe.

3. Privire de ansamblu asupra realizărilor de mediu ale Uniunii Europene

Următoarele sunt câteva dintre realizările cheie de mediu ale țărilor din Uniunea Europeană, care lucrează împreună într-un cadru legislativ comun, fără a fi realizabile în așa măsură dacă ar fi acționat doar la nivel național⁴:

- Un declin substanțial în cele mai multe surse industriale de poluare a aerului și a apei, în special prin îmbunătățirea calității aerului din mediul urban și combaterea poluării difuze a apei, de exemplu din agricultură.
- Reducerea substanțială a emisiilor de gaze și o creștere rapidă în utilizarea energiei din surse regenerabile.
- Reduceri semnificative ale presiunilor exercitate asupra sănătății umane, provocate de poluarea mediului.
- Un sistem îmbunătățit de protecție a speciilor și habitatelor.
- O transformare substanțială în gestionarea deșeurilor, cu o creștere semnificativă a ratelor de reciclare și primii pași spre crearea unei economii mai circulare.
- Stabilirea unui sistem solid de evaluare a siguranței substanțelor chimice, putând duce chiar la retragerea și înlocuirea diferitelor substanțe toxice.
- Realizarea unei fundații pentru abordarea presiunilor asupra mediului marin sub forma unui cadru legislativ care începe să aibă efect.
- Îmbunătățiri privind accesul la informație, participarea publicului și accesul la justiție în probleme de mediu la nivelul Uniunii Europene.

⁴ A. Volkery, S. Withana, D. Fedrigo, D. Baldock, *Towards a 7th Environment Action*, 2012, p. 12.

- Aplicarea pe scară largă a impactului asupra mediului și a procedurilor de evaluare strategică de mediu, de asemenea, adaptate și utilizate de către Banca Europeană de Investiții ca și condiții pentru toate deciziile de investiții în infrastructură în interiorul și în afara Uniunii Europene.

4. Scenarii de viitor

Există o incertitudine semnificativă cu privire la natura relației viitoare cu Uniunea Europeană, a unui stat care urmează să părăsească comunitatea europeană. Gama largă de scenarii posibile pot, cu toate acestea, dezbate asupra efectelor preconizate. În scopul de a clarifica posibilele consecințe asupra mediului, se identifică cele două opțiuni principale care apar. Acestea se diferențiază prin faptul dacă statul își păstrează accesul la piața internă a Uniunii Europene sau nu. Primul scenariu reprezintă un aranjament prin care se păstrează accesul pe piața internă, prin calitatea de membru al Spațiului Economic European (Scenariul 1 „în interiorul SEE”). Acesta este în linii mari, statutul de care Norvegia se bucură în prezent. În al doilea scenariu, statul s-ar poziționa în afara atât a Uniunii Europene, cât și a celorlaltor acorduri europene principale (de exemplu, SEE și AELS). Prin urmare, acest scenariu include alternativele în cazul în care statul nu are acces preferențial pe piața internă și nicio reprezentare în cadrul procesului de luare a deciziilor la nivelul Uniunii Europene. (scenariul 2 „în întregime în afară”).

În conformitate cu scenariul 1 („în interiorul SEE”) și privind cazul Marii Britanii, cea mai mare parte a legislației Uniunii Europene în domeniul mediului va continua să se aplice în Marea Britanie, cu unele excepții importante, în special natura (Păsări și Habitate) și a directivelor privind apa pentru scăldat. Un guvern viitor ar avea scopul de a slăbi nivelul de protecție a mediului în Marea Britanie, în acele zone exceptate. Aceasta reprezintă un risc care nu este echilibrat, în prezent, prin orice dovezi clare de ambiție puternică din partea guvernelor din Marea Britanie, de exemplu, să urmărească toate obiectivele legislației Uniunii Europene de conservare a naturii. În același timp, Marea Britanie va fi exclusă de la procesul de luare a deciziilor asupra politicilor Uniunii Europene și să participe ca parte a Uniunii Europene în negocierile internaționale cu privire la o serie de acorduri de mediu⁵. Acest lucru pare un dezavantaj pentru orice stat care se află în situația ieșirii din comunitatea europeană.

În conformitate cu scenariul 2 („cu totul în afară”), viitoarele guverne din Marea Britanie ar trebui, în principiu, să adopte standarde de mediu fie mai puternice sau mai slabe decât în prezent. Judecând după răspunsurile guvernului britanic la o serie de propuneri de mediu din partea Comisiei Europene, în ultimii ani, se pare mult mai probabil că guvernul actual, și, eventual, succesorii săi, ar opta pentru o abordare mai puțin ambițioasă decât cea adoptată de Uniunea Europeană, în diferite aspecte, inclusiv poluarea aerului, reciclarea, precum și aspecte legate de conservarea naturii. Există riscul ca un viitor guvern să încerce folosirea de argumente care susțin necesitatea unor standarde mai scăzute, inclusiv cele de mediu, în scopul maximizării competitivității

⁵ J. Piris, Centre for European Reform Report CER, *If the UK votes to leave: The seven alternatives to EU membership*, 2016, p. 14.

Marii Britanii. O astfel de abordare, chiar și riscul perceput de a fi adoptate, poate crea o incertitudine sporită investițiilor de afaceri, în general, cât și pentru întreprinderi eco, în special.

5. Analiza diferitelor domenii cu referire la implicațiile aduse în cazul ieșirii din Uniunea Europeană

5.1. Calitatea mediului

Stabilirea unor standarde mai stricte de mediu în cadrul pieței unice a Uniunii Europene a avut beneficii semnificative atât pentru mediu, cât și pentru sănătate. În cazul Marii Britanii zeci de ani de legislație privind protecția aeriană a Uniunii Europene, precum și politica de gospodărire a apelor și a deșeurilor, au avut ca rezultat o mai bună calitate a aerului pentru Marea Britanie, îmbunătățiri dramatice în reciclarea deșeurilor, precum și o calitate mult mai mare a apelor pentru scăldat, râuri și coaste cu un nivel mai mic de poluare decât înainte⁶. Pe parcursul ultimelor patru decenii, Marea Britanie a arătat un record puternic în oferirea de consultanță științifică și politică pentru dezvoltarea legislației Uniunii Europene în ceea ce privește calitatea mediului. Cu toate acestea, multe dintre inițiativele de îmbunătățire a calității mediului în Marea Britanie nu ar fi avut loc, sau nu ar fi fost urmărite în mod eficient, fără presiunea legală care decurge din legislația Uniunii Europene.

5.2. Protecția naturii

Legislația Uniunii Europene privind conservarea naturii a beneficiat în mod semnificativ atât faunei sălbatice terestre, cât și marine, în Marea Britanie, care altfel, probabil, nu ar fi fost necesară. Rolul legislației Uniunii Europene continuă să fie deosebit de important având în vedere, de exemplu, amenințările transfrontaliere la adresa biodiversității, cum ar fi speciile străine invazive și schimbările climatice⁷. Odată cu retragerea unui stat din Uniunea Europeană, riscurile sunt semnificative pentru natură. Indiferent de scenariul de plecare, *Păsările și Habitatele*, politici care reprezintă coloana vertebrală a conservării în Uniunea Europeană și ambele care au generat o îmbunătățire semnificativă a speciilor și habitatelor, nu s-ar mai aplica⁸.

5.3. Politica asupra climei

În ultimele decenii Marea Britanie a exercitat o influență semnificativă asupra dezvoltării politicii Uniunii Europene în domeniul climei și a energiei. Ieșirea din comunitatea europeană implică confruntarea cu o combinație de riscuri mai mari față de propriile ambiții și o influență redusă asupra negocierilor internaționale privind schimbările climatice. Obiectivele de climă implică necesitatea naturii internaționale

⁶ R. Crofts, *The European Natura 2000 protected area approach: a practitioner's perspective*, Parks No. 20, 2014, pp. 79-90.

⁷ D. Evans, A. Demeter, P. Gajdoš, L. Halada, *Adapting environmental conservation legislation for an enlarged European Union: experience from the Habitats Directive*, Environmental Conservation No. 40 (2), 2013, pp. 97-107.

⁸ F. Fleurke, A. Trouwborst, *European Regional Approaches to the Transboundary Conservation of Biodiversity: The Bern Convention and the EU Birds and Habitats Directives*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 128-162.

pentru o eficiență mai bună, astfel un stat care se retrage din Uniunea Europeană ar avea de suferit și sub acest aspect.

5.4. Politica agricolă

Există întrebări majore cu privire la faptul dacă un viitor guvern al unui stat retras din Uniunea Europeană ar menține fonduri pentru gestionarea mediului rural, cât și pentru agricultură⁹. Majoritatea experților cu privire la acest subiect sunt sceptici și se așteaptă la reduceri semnificative. Stimulentele pentru agricultura ecologică ar putea scădea, și există, de asemenea, îngrijorări cu privire la măsura în care guvernele ar fi dispuse să impună obligații de mediu¹⁰. Ar fi cu siguranță riscuri semnificative de mediu asociate cu plecarea din Uniunea Europeană.

5.5. Politica în domeniul pescuitului

Pescuitul și *Politica Comună a Uniunii Europene în domeniul Pescuitului (PCP)* sunt frecvent menționate de către critici drept un motiv important pentru Marea Britanie de a părăsi Uniunea Europeană¹¹. Pe parcursul evoluției PCP, performanța politicii în materie de mediu a fost nesatisfăcătoare, în multe privințe, și este nevoie de multe progrese în continuare. Cu toate acestea, PCP recent reformată este acum în direcția corectă în ceea ce privește reducerea sarcinii de mediu impusă de pescuitul la scară industrială în Uniunea Europeană¹². Este relativ sigur că, indiferent de scenariul ieșirii din Uniunea Europeană, PCP ar înceta să se aplice în statul în cauză și ar introduce în schimb mai multe riscuri nedorite. Gestionarea cooperativă a pescuitului în cadrul politicii Uniunii Europene este relativ benefică. Faptul că dreptul maritim internațional nu prevede mijloacele necesare pentru a se asigura conformitatea, este de exemplu, o slăbiciune cu un aspect important.

Concluzii

Calitatea de membru al Uniunii Europene a avut și continuă să aibă, un impact semnificativ asupra consecințelor de mediu, rezultând într-un aer și ape mai curate, decât ar fi în cazul neaderării statului la comunitate. Acest lucru se datorează unei game de măsuri legislative, financiare, cât și alte măsuri combinate. Legislația Uniunii Europene în domeniul mediului este susținută de o cerință strictă legată de punerea în aplicare, rareori prezentă în acordurile internaționale asupra mediului, care este mai convingătoare, de lungă durată și mai puțin supusă riscului politic față de legislația națională. Conform celor două scenarii de ieșire, tensiuni semnificative vor fi create în ceea ce

⁹ D. Baldock, *Twisted together: European agriculture, environment and the Common Agricultural Policy 125*, Research Handbook on EU Agriculture Law, Edited by J.A. McMahon & M.N. Cardwell, 2015, p. 19.

¹⁰ A. Buckwell, *Sustainable Intensification of EU agriculture*, Rise Foundation, Brussels, 2014, p. 19.

¹¹ Cardinale et al, *Rebuilding EU fish stocks and fisheries, a process under way?*, Marine Policy, 39, 2013, pp. 43-52.

¹² T. Markus, S. Schlacke, N. Maier, *Legal Implementation of Integrated Ocean Policies: The EU's Marine Strategy Framework Directive*, International Journal of Marine & Coastal Law, 26(1), 2011, pp. 59-90.

privește domeniile de elaborare a politicilor în care responsabilitatea este transferată către guvernele naționale. Incertitudinea și perioada de negocieri pe mai multe fronturi, cauzate de o decizie de a părăsi Uniunea Europeană, poate să creeze riscuri semnificative atât pentru standardele de mediu, cât și pentru investițiile eco necesare pentru a îmbunătăți performanța de mediu pe termen lung. În concluzie, este posibil ca o plecare din Uniunea Europeană să pună statul respectiv într-o poziție mai vulnerabilă și nesigură decât în cazul în care statul ar fi rămas în calitate de membru al comunității europene.

MIJLOACE JURIDICE DE PROTECȚIE A DREPTULUI MEDIULUI ÎN ROMÂNIA

Georgiana-Florina IONESCU *

Abstract:

The imperative matter of the environmental protection and of taking ownership of the particularities implied by the responsibility for the damages brought on to the environment were outlined, in a significant manner, during the 10th Conference of the Ministers of Justice (Istanbul, 5th - 7th June 1990).

During this conference it was stated that “the environment deserves protecting in itself, and not only in order to be used by man in the most adequate way from a functional point of view.”

Nevertheless, as demonstrated by the existing legal regulations up until the present day, both on a national level as well as on an international level, responsibility for the environment imposes only in exceptional cases the prohibition of polluting, and in this way allows a pollution level situated within certain limits considered reasonable, acceptable.

Seeing that the regulations that exist on a European level are of the kind that imparts upon the states the obligation of creating their own legislative levers to establish the obligation of protecting the environment, the Romanian state has chosen a consecration at a national level in the fundamental law of the state through the provisions or Art. 35, paragraph (3) of the Romanian Constitution. This article expressly regulates the obligation and duty of all natural and legal persons to protect the surrounding environment. Thus, natural persons have on the one side the quality of title holders of the fundamental right to a healthy and ecologically balanced environment, and on the other hand they are also title holders of the obligation to protect the environment. This obligation derives from the fundamental right to a healthy and ecologically balanced environment regulated by the Constitution revised in 2003 through art. 35.

Keywords: *environmental damage, objective responsibility, positive obligation*

1. Răspunderea civilă pentru prejudiciul ecologic

Conform Legii nr. 137/1995, legea-cadru românească în materie, prejudiciul este definit ca „efect cuantificabil în cost al daunelor asupra sănătății oamenilor, bunurilor sau mediului, provocat de poluanți, activități dăunătoare sau accidente ecologice ori de fenomene naturale periculoase”.

Întrucât, datorită particularităților pe care le comportă, prejudiciul ecologic nu poate fi reparat integral în special prin prisma atingerilor ireversibile pe care le aduce echilibrului natural, s-a consacrat în doctrină o clasificare a prejudiciului care să atragă după sine un anumit tip de reparare ulterioară. Astfel, au fost identificate: prejudiciul

* Avocat, Baroul București; doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, al Academiei Române; e-mail: ionescuavocat@yahoo.com.

nefinanciar, măsurile de salvare, prejudiciul de dezvoltare și prejudiciul cauzat mediului natural.

În ceea ce privește primul tip de prejudiciu, acesta se referă la o pierdere de agrement care dă dreptul la dezdăunări de natură morală. Măsurile de salvare privesc prejudiciul datorat poluării prin hidrocarburi care dă dreptul la despăgubiri de natură materială colaboratorilor ocazionali și spontani ai unei operațiuni de luptă contra poluării, dacă aceștia au intervenit în mod util.

Prejudiciul de dezvoltare se referă la acea pagubă încă imposibil de cuantificat, dar existentă și față de care este determinat poluatorul astfel încât prin reparare se înțelege încetarea poluării, repararea în natură și pecuniară. Prejudiciul cauzat mediului natural se creează prin vătămări aduse naturii, biodiversității sau peisajului care, de cele mai multe ori, sunt imposibil de cuantificat iar repararea acestuia se poate realiza prin aducerea elementului supus vătămării la starea anterioară.

În ceea ce privește regimul juridic al răspunderii civile pentru prejudiciul ecologic, România urmează regimul țărilor de drept continental (Franța, Belgia, Germania, Olanda) consacrând reguli precise, indiferent că acțiunea de poluare reprezintă un delict sau un „cvasidelict”.

În acest sens, prin Legea nr. 137/1995, s-au conturat patru reguli de bază ce se aplică oricărui prejudiciu ecologic: caracterul obiectiv la răspunderii în materie de mediu, independent de identificarea unei culpe, caracterul solidar al răspunderii pentru situația în care există mai mulți autori ai prejudiciului, și verificarea respectării obligației asigurării în cazul riscului de pagubă ecologică. Noua reglementare privind protecția mediului, O.U.G. nr. 195/2005, a abandonat cerința de asigurare marcând un oarecare regres din acest punct de vedere în materie.

Pe de altă parte însă ordonanța a oferit o adaptare a instituției răspunderii civile delictuale la particularitățile protecției mediului prin acea a consacrării de pârghii legale pentru punerea în aplicare a principiilor precauției și „poluatorul plătește”.

În ceea ce privește principiul precauției, acesta se referă la faptul că, în aprecierea răspunderii operatorului, judecătorul va avea în vedere măsurile de precauție pe care le-a întreprins ori dimpotrivă, a ales să nu le adopte. Se referă așadar la un comportament diligent reclamant de situația de fapt consacrată în mod tradițional că „autorizațiile administrative sunt date sub rezerva dreptului terților iar respectarea acestora nu reprezintă o cauză exoneratoare de răspundere”.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a sancționat în anul 2009 România prin hotărârea din 27 ianuarie 2009 pronunțată în Cauza *Tătar c. României* și care se referă la impactul asupra mediului și asupra reclamațiilor al unei tehnologii bazate pe cianura folosită în extracția aurului de către societatea pârâtă. Pentru a decide astfel instanța a stabilit că statul român nu a dat eficiență principiului precauției care recomandă statelor să adopte cât mai repede măsuri efective și proporționale pentru prevenirea riscului de prejudicii grave și ireversibile aduse mediului chiar în absența unei certitudini științifice sau tehnice¹.

Cel de-al doilea principiu vizează faptul că poluarea trebuie să fie imputată unui agent economic care trebuie să fie desemnat ca plătitor astfel încât una dintre condițiile punerii în practică a acestui principiu este stabilirea unei legături de cauzalitate.

¹ CEDO, hotărârea din 27 ianuarie 2009, Cauza nr. 67021/01, *Tătar c. României*.

Răspunderea de mediu bazată pe principiul „poluatorul plătește” este reglementată prin O.U.G. nr. 68/2007 care transpune în acest fel Directiva 2004/35/CE. Astfel, se statuează că dreptul la acțiune aparține oricărei persoane fizice sau juridice care este afectată de un prejudiciu asupra mediului sau care se consideră vătămată într-un drept al sau ori într-un interes legitim.

În același fel, acest drept este recunoscut și unei organizații neguvernamentale care promovează protecția mediului prin dispozițiile art. 20 alin. (2) din ordonanță. În măsura în care cei îndrituiți nu au primit o informare de la autoritățile competente cu privire la aspectele sesizate care să îi mulțumească, aceștia pot ataca la instanța de contencios administrativ actele, deciziile sau omisiunile lor.

Având un caracter particular, răspunderea civilă pentru daune nucleare este reglementată de o lege distinctă, Legea nr. 703/2001 care preia în linii mari regimul juridic internațional stabilit în acest caz de Convenția de la Paris (1960) și Convenția de la Viena (1963).

În ceea ce privește răspunderea, aceasta se caracterizează prin aceea că: are un caracter obiectiv, independent de culpă, deplin drept, bazată pe obligația de garanție a titularului autorizației pentru desfășurarea activității nucleare decurgând din riscul de activitate; răspunderea mai multor autori față de victimă este divizibilă în măsura în care este posibilă stabilirea cu certitudine a părții din daună care revine fiecăruia. În caz de imposibilitate a unei asemenea determinări, răspunderea lor este solidară. Exonerarea de răspundere a operatorului este admisă în următoarele cazuri: dacă dauna nucleară este rezultatul direct al unor acte de conflict armat, război civil, insurecție sau ostilitate ori culpă total sau parțială a victimei (art. 5 alin. (2)).

Cuantumul indemnizației este limitat la echivalentul în lei a 300 milioane DST pentru fiecare accident nuclear iar prescripția este de trei ani și începe să curgă de la data la care victima daunei nucleare a cunoscut sau trebuia să cunoască dauna și identitatea operatorului răspunzător.

Calificarea regimului juridic al răspunderii civile pentru poluarea mediului de aeronave a fost făcută prin raportare la dispozițiile generale în materie, respectiv O.U.G. nr. 195/2005 prin prisma faptului că acest act normativ a adus cu sine o definiție pentru „prejudiciul în domeniul mediului” care permite încadrarea aici a acestui tip de răspundere.

2. Răspunderea contravențională în materie de mediu

Având în vedere specificitatea acestui domeniu adesea se recurge la răspunderea administrativă pentru sancționarea faptelor care aduc prejudicii ecologice. Există o serie de avantaje pe care le presupune această procedură contravențională: este mai rapidă și mai suplă în raport cu celelalte proceduri judiciare, măsurile sunt executorii permițând o intervenție urgentă și luarea măsurilor de securitate și siguranță care se impun.

„Legea-cadru în materie, O.G. nr. 2 din 2001, stabilește faptul că prin legi sau hotărâri de guvern se pot stabili și sancționa contravenții în toate domeniile de activitate iar prin hotărârile ale autorităților administrației publice locale sau județene se stabilesc și se sancționează contravenții în toate domeniile de activitate în care acestora le sunt stabilite atribuții prin lege”².

² Duțu M., Duțu A., *Dreptul mediului*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, p. 263.

Sancțiunea juridică de natură administrativă intervine pentru încălcările reglementărilor vizând protecția mediului cu vinovăție însă, având în vedere existența unei obligații generale, pozitive privind ocrotirea și conservarea mediului, se naște o prezumție de culpă. Sancțiunile aplicate sunt principale și complementare. Sancțiunile principale sunt: avertismentul, amenda contravențională și prestarea unei munci în folosul comunității alături de acestea putând fi aplicate una sau mai multe sancțiuni complementare prevăzute în art. 5 alin. (3) din O.G. nr. 2 din 2001.

Prin O.U.G. nr. 195 din 2005 sunt reglementate numeroase contravenții la regimul protecției mediului clasificate potrivit art. 96 în 3 categorii potrivit criteriului cuantumului amenzilor aplicate. Ca expresie a particularității unei astfel de proceduri, pe lângă aplicarea sancțiunii contravenționale principale, în sarcina contravenientului se stabilește adesea și obligația de reparare a prejudiciului adus mediului. Spre exemplu, Legea nr. 24 din 2007 privind reglementarea și administrarea spațiilor verzi din intravilanul localităților³ astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 47 din 2012 stabilește faptul că orice construcție neautorizată pe spațiile verzi se va demola și terenul se va aduce la starea inițială, proprietarul construcției având obligația de a suporta toate cheltuielile necesare pentru efectuarea acestor lucrări. În cea ce privește subiectele răspunderii contravenționale observăm că subiectul pasiv este reprezentat de întreaga comunitate iar subiectul activ este persoană fizică ori juridică responsabilă de săvârșirea contravenției; există și situații în care subiectul pasiv este circumstanțiat: persoanele fizice și juridice autorizate, autorități ale administrației publice locale, proprietarii și deținătorii de terenuri cu sau fără titlu.

Potrivit art. 11 alin. (1) din O.G. nr. 2/2001, există o serie de cauze prin care este înlăturat caracterul contravențional al faptei: legitimă apărare, starea de necesitate, constrângerea fizică sau morală, cazul fortuit, iresponsabilitatea, beția involuntară completă, eroarea de fapt, infirmitatea care are legătură cu fapta săvârșită, starea de minoritate, toate constatându-se numai de către instanța de judecată.

O altă cauză de impunitate este reprezentată de ceea ce doctrina numește „decontravenționalizare” echivalentă a principiului de drept penal *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Această cauză nu reprezintă altceva decât aplicarea principiului legalității care interzice retroactivitatea legii sau extinderea aplicării sale prin analogie.

În privința prescripției se instituie un termen de 6 luni de la săvârșirea faptei pentru aplicarea sancțiunii și un termen de o lună sau de la doi ani de la data aplicării în ceea ce privește executarea amenzii contravenționale constatată prin proces-verbal, dacă acesta nu a fost comunicat contravenientului în termenele arătate mai sus.

Procedura contravențională presupune existența a trei etape: constatarea contravenției, aplicarea sancțiunii și căile de atac împotriva actelor de sancționare.

Constatarea și aplicarea sancțiunii se face de către comisari și persoane împuternicite din cadrul Gărzii Naționale de Mediu și Administrației Rezervației Biosferei „Delta Dunării”, autoritățile administrației publice locale prin împuterniciți, Comisia Națională pentru controlul activelor nucleare, Ministerul Apărării Naționale, Ministerul Administrației și Internelor.

Împotriva procesului-verbal de stabilire și sancționare se poate formula plângere în termen de 15 zile de la comunicare iar hotărârea judecătorească prin care s-a soluționat

³ M. Of. nr. 36 din 18 ianuarie 2007.

plângerea poate fi atacată în termen de 15 zile de la comunicare la instanța ierarhic superioară.

În ceea ce privește judecarea unei astfel de cauze, așa cum s-a apreciat în doctrină, „magistratul nu poate crea norme contravenționale, nu poate extinde aplicarea acestora la cazuri neprevăzute și trebuie să interpreteze orice rezultat al acestei operațiuni în mod restrictiv, dacă norma interpretată este defavorabilă contravenientului”⁴, ori aceste aspecte pot constitui un dezavantaj al acestui tip de răspundere.

3. Răspunderea penală în materie de mediu

Infracțiunile la regimul protecției mediului sunt prevăzute în Codul penal, în legi ne penale cu dispoziții penale și în O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului.

În ceea ce privește Noul Cod penal, acesta preia în linii mari infracțiunile prevăzute și de Codul penal de la 1968 fiind prevăzute la art. 345, art. 346, art. 355, art. 356 și art. 359.

Aceste infracțiuni, deși nu au ca subiect pasiv principal mediul, îl vizează în mod indirect.

În categoria legilor ne penale cu dispoziții penale se înscriu o multitudine de acte normative precum: Legea nr. 107/1996 privind protecția apelor, Legea nr. 407/2006 a vânătorii și fondului cinegetic, Legea nr. 211/2011 privind regimul deșeurilor, Legea nr. 289/2002 privind perdelele forestiere de protecție etc. Reglementarea cu caracter general, de bază în materie de răspundere și implicit de răspundere penală este reprezentată de O.U.G. nr. 195/2005 care cuprinde o multitudine de infracțiuni ecologice propriu-zise sau de natură administrativ-penală în sensul în care își au izvorul în nerespectarea normelor tehnice instituite pentru o anumită activitate.

Făcând o analiză a „infracțiunilor de mediu” din perspectiva legislației românești se poate constata „existența unui mare număr de reglementări în materie, dar aproape deloc a unui drept penal al mediului în sensul unui fascicul bine încheiat, în cadrul unui sistem propriu al infracțiunilor de mediu, unitar și eficient. Redactarea deficitară, inadecvată, favorizată și de tehnicitatea ridicată a domeniului și multiplicitatea textelor (o faptă putând fi încadrată în două, trei sau chiar patru texte normative), se repercutează negativ asupra aplicării normelor penale ambientale făcând-o deosebit de dificilă, și deci ineficientă”⁵.

O tendință de evoluție în materia eficientizării răspunderii penale în materie de mediu s-a înregistrat prin transpunerea în dreptul român a Directivei 2008/99/CEE privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal respectiv prin Legea nr. 101/2011 republicată în anul 2014.

În acest sens, legea prevede obligația oricărei persoane care în exercitarea atribuțiilor legale constată săvârșirea unei infracțiuni prevăzute de Legea nr. 101/2011 de a sesiza de îndată organele de urmărire penală (art. 13), faptele fiind incriminate ca infracțiuni de pericol.

În acest context, pentru certitudinea sancționării faptelor săvârșite împotriva mediului în mod corespunzător, în baza unui text de lege care să definească infracțiunea

⁴ Hotca A.M., *Regimul juridic al contravențiilor, Comentarii și explicații*, ed. a V-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 87.

⁵ Duțu M., Duțu A., *Dreptul mediului*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 278.

în mod unitar, s-au creat premisele unui drept penal al mediului pe care doctrina l-a definit ca fiind „ansamblul dispozițiilor care previn și sancționează degradarea de către om a mediului fizic ori biologic în care trăiește.”

S-au conturat tot în acest sens și trei funcții ale acestei ramuri a dreptului penal: funcția represivă, specifică domeniului penal, funcția protectoare și funcția expresivă, ca funcții specifice mediului care antrenează garantarea dreptului la un mediu sănătos atât generațiilor prezente, cât și celor viitoare.

”Chiar dacă aflat într-o primă fază a afirmării sale, dreptul penal al mediului nu mai poate fi suficient înțeles, elaborat și aplicat, analizat teoretic și conceptualizat în mod separat, divizat pe calea punților create între cele două ramuri de drept, ci fără a se rupe total de ele, reclamă recunoașterea specificului și, prin aceasta, a autonomiei, amalgamului astfel rezultat”⁶.

În perspectiva realizării unei astfel de ramuri a dreptului penal este necesar ca legiuitorul să-și asume necesitatea creării unor complete/instanțe specializate, după modelul instanțelor de tutelă introduse recent în urma intrării în vigoare a noului Cod civil, compuse din judecători anume specializați pentru judecarea infracțiunilor ecologice.

Având deja un precedent creat la nivelul instanțelor civile ori la nivel european chiar în ceea ce privește infracțiunile ecologice, consideram că există premisele necesare creării și implementării acestei noi ramuri a dreptului penal.

⁶ Duțu M., *Dimensiuni, particularități și semnificații ale unui drept al mediului*, în *Dreptul* nr. 2/2013, pp. 187-209.

CADRUL JURIDIC EUROPEAN AL PROTECȚIEI MĂRILOR ÎMPOTRIVA POLUĂRII

*Izabela Mihaela HONCIU**

Abstract:

The European Union legislation on the environment is today a reference point for most countries and it is a concrete model of international collaboration crowned with success. Concerns over 25 years of EU environmental law matters were raised through a series of cooperation documents on environment protection. The European Union has signed many international conventions, was involved in the implementation of various measures taken at regional and global level to solve problems of common environmental protection. However, due to their own research programs, community action in the field is based on adequate scientific and technical data, enjoying financial funds increasingly more consistent.

Keywords: *European Union, legislation, environment, pollution, treaty*

La început, dreptul internațional s-a preocupat numai de aspectele generale privitoare la protecția mediului, incluzând delimitarea teritoriilor marine și mai puțin de protejarea mărilor și a oceanelor împotriva poluării. Astfel, convențiile internaționale din anul 1958 asupra dreptului mării, semnate la Geneva, au definit doar principiile de delimitare a teritoriilor statelor riverane, însă nu au abordat probleme referitoare la poluarea marină¹.

La 19 iunie 1995, a fost adoptat primul act normativ în domeniul deversărilor de substanțe poluante în apele marine, și anume Directiva Consiliului Uniunii Europene nr. 95/21/CE, care se referă la aplicarea pentru navele care fac escală în porturile Comunității sau în apele importante ale statelor comunității, a jurisdicției naționale a acestora, a normelor internaționale referitoare la siguranța marină, la prevenirea poluării și la condițiile de viață și de muncă la bordul acestora².

Principalul obiectiv al directivei a fost acela de a armoniza condițiile de aplicare a navelor în cauză, a normelor internaționale referitoare la securitatea maritimă, prevenirea poluării și la condițiile de viață și de muncă la bordul navelor.

La 27 iunie 2002 a fost adoptată Directiva nr. 2002/59/CE referitoare la punerea în funcțiune a unui sistem comunitar de informare și de urmărire a traficului navelor, ce are ca scop creșterea siguranței și eficacității traficului pe mare. Directiva viza modificarea legislației comunitare referitoare la organizarea și funcționarea Agenției Europene pentru

* Doctorand – Institutul de Cercetări Juridice „Academician Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: honciu.izabela@yahoo.com.

¹ Este vorba de 4 convenții referitoare la dreptul mării: convenția cu privire la delimitarea mării teritoriale și a zonei contigue, convenția asupra apelor marine internaționale, convenția asupra pescuitului și conservarea resurselor biologice ale mării și convenția asupra platoului continental.

² Directiva a fost publicată în JOCE, L. nr. 157 din 7 iulie 1995.

Securitate Maritimă³ și punerea în aplicare a unor proceduri de urmărire și semnalare a navelor⁴.

În cazul deversărilor voluntare în apa mării a rezidurilor rezultate în urma spălării vaselor de transport, se va aplica Directiva nr. 2000/59/CE din 27 noiembrie 2000, privind instalațiile portuare de primire a deșeurilor rezultate din exploatarea navelor și a rezidurilor rezultate din mărfurile transportate⁵. Directiva urmărește aceleași obiective ca și Convențiile de la Bruxelles din anii 1969 și 1971, respectiv reducerea poluării de către nave. Directiva se concentrează mai mult asupra trecerii navelor prin porturile UE și abordează într-o manieră detaliată responsabilitățile juridice, financiare și practice ale diferiților operatori.

La 20 decembrie 2000, a fost adoptată Decizia Parlamentului European și a Consiliului Uniunii Europene nr. 2850/2000/CE referitoare la adoptarea unui cadru comunitar de cooperare în domeniul poluării marine accidentale sau intenționate⁶. Decizia vizează îndeosebi deversările de substanțe dăunătoare în mediul marin, provenite de la nave, în estuare sau de pe litoral. În țara noastră, aplicarea Deciziei a fost asigurată înainte de a deveni membră a Uniunii Europene, prin Hotărârea Guvernului nr. 1593/2002 fiind aprobat Planul național de pregătire, răspuns și cooperare în caz de poluare marină cu hidrocarburi⁷.

La 7 septembrie 2005 a fost adoptată Directiva nr. 2005/35 privind poluarea produsă de către nave și introducerea de sancțiuni în caz de infracțiuni⁸. Directiva a fost adoptată pentru a acoperi unele lacune existente și pentru a garanta siguranța maritimă. De asemenea, Directiva dispune că deversarea de substanțe provenind de la nave, contravine dreptului comunitar și constituie o faptă prevăzută de legea penală ce necesită aplicarea de sancțiuni penale sau administrative, dacă persoanele în cauză sunt considerate vinovate de a fi acționat intenționat sau din neglijență.

Pentru definirea regimului sancțiunilor penale aplicabile în cazul comportamentului incriminat de către Directiva nr. 2005/35/CE, a fost adoptată Decizia-cadru nr. 2005/667/JAI, din 12 iulie 2005. Aceasta vizează întărirea sancțiunilor penale pentru poluarea cauzată de nave⁹. Sancțiunile aplicate persoanelor juridice pot include amenda, interdicția permanentă sau temporară de a exercita activitate comercială, punerea sub control judiciar.

În anul 1996, Consiliul Europei a propus o resistemizare a reglementărilor, ceea ce a condus la adoptarea Directivei Parlamentului European și a Consiliului nr. 2000/60¹⁰,

³ Agenția Europeană pentru Securitate Maritimă a fost înființată în anul 2002 și are ca atribuții sprijinirea Comisiei Europene în elaborarea, revizuirea și punerea în aplicare în mod eficient a legislației comunitare, precum și asigurarea asistenței de specialitate statelor membre ale Comunităților Europene.

⁴ L.Th.S. Mihăilescu-Pene, *Protecția mărilor regionale împotriva poluării, Cadru juridic al cooperării internaționale, Cazul Mării Negre*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 121.

⁵ Directiva a fost publicată în JOCE L nr. 332 din 28 decembrie 2000.

⁶ Decizia a fost publicată în JOCE L nr. 332 din 28 decembrie 2000.

⁷ Hotărârea a fost publicată în M. Of. nr. 94 din 14 februarie 2003.

⁸ Directiva a fost publicată în JOCE L nr. 225 din 30 septembrie 2005 și a intrat în vigoare la data publicării.

⁹ Decizia a fost publicată în JOCE L nr. 225 din 30 septembrie 2005. Titlul oficial al acesteia este Directiva nr. 2000/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 octombrie 2000 de stabilire a unui cadru de politică comunitară în domeniul apei.

¹⁰ Directiva a fost publicată în JOCE L nr. 327 din 22 decembrie 2000.

instituirea unui cadru de acțiune comunitar în domeniul apei. Directiva-cadru instituie un cadru juridic pentru protejarea și restabilirea purității apei în întreaga Europă. De asemenea, aceasta prevede identificarea apelor europene și a caracteristicilor acestora, precum și adoptarea de planuri de gestionare și programe de măsuri specifice pentru fiecare curs de apă. Directiva-cadru prevedea atingerea stării bune a apelor, din punct de vedere chimic și biologic, până în anul 2015, pentru toate statele membre ale Uniunii Europene¹¹.

În octombrie 2002 a fost elaborat proiectul de Directivă privind mediul marin, ca urmare a pierderilor de biodiversitate cauzate de poluare și a schimbărilor climatice. Obiectivul Directivei este acela de a atinge starea ecologică bună a mărilor și oceanelor europene până în anul 2021. Acest lucru poate fi realizat numai prin aplicarea unor măsuri eficiente care să protejeze și să conserve organismele și aria ocupată de acestea. Totodată, Directiva impune statelor membre să garanteze „buna stare ecologică” a tuturor regiunilor și subregiunilor marine ale Europei.

Potrivit noii Directive, pescuitul și alte activități nu ar trebui să conducă la depășirea limitelor de siguranță în cazul populațiilor de pești și moluște exploatate în scopuri comerciale. Buna stare ecologică, impune condiții fizice, chimice și acustice care să sprijine ecosistemele sănătoase. Zgomotul generat de activitățile umane ar trebui să devină compatibil cu mediul marin și cu ecosistemele acestuia. Îndeplinirea tuturor acestor cerințe, va conduce cu siguranță la protejarea resurselor marine vii și ar putea impune o schimbare a activităților umane¹².

Directiva-cadru privind strategia pentru mediul marin identifică patru regiuni marine: Marea Baltică, Atlanticul de Nord-Est, Marea Mediterană și Marea Neagră. Cele 23 de state membre ale Uniunii Europene care au coaste marine sunt obligate să elaboreze strategii în vederea garantării bunei stări ecologice a regiunilor marine, în același mod în care elaborează planurile de management ale bazinelor hidrografice în conformitate cu directiva-cadru privind apa¹³. De asemenea, statele membre vor trebui să coordoneze implementarea directivei cadru privind strategia pentru mediul marin cu acțiunile pe care le întreprind conform Directivei cadru privind apa, având în vedere strânsa legătură dintre cele două documente. Directiva protejează apele costiere și cele de tranziție, precum estuarele și lagunele de coastă. Aceste constituie zone de depunere a icrelor pentru majoritatea speciilor de pești și reprezintă un liant între ecosistemele de apă dulce și cele de apă sărată. Pe parcursul fiecărei etape, statele membre au obligația de a oferi informații publicului și de a permite părților interesate să participe la implementare.

Datorită particularităților și exigențelor special ale protecției mărilor regionale, începând din anul 1968 au fost adoptate o serie de convenții regionale care astăzi formează un adevărat sistem la nivel internațional¹⁴.

¹¹ În cadrul negocierilor de aderare la Uniunea Europeană, România s-a angajat să implementeze Directiva-cadru nr. 2000/60/CE, privind apa, în același timp cu statele membre ale Uniunii Europene. Astfel, asigurarea transunerii în legislația națională a Directivei cadru s-a realizat prin Legea nr. 310/2004, publicată în M. Of. nr. 548 din 30 iunie 2004, pentru modificare și completarea Legii apelor nr. 107/1996.

¹² L.Th.S. Mihăilescu-Pene, *op. cit.*, p. 125.

¹³ *Idem.*

¹⁴ M. Duțu, *Dreptul internațional al mediului*, Ed. Economică, București, 2004, p. 344.

Din punct de vedere juridic, Convenția constituie angajamentul și voința politică a guvernelor, de a aborda problemele lor comune de mediu prin activitățile coordonate în comun. Majoritatea convențiilor au protocoale aferente, semnate și ratificate separat.

Între anul 1969 și anul 1972, au fost adoptate primele convenții regionale: Convenția în materie de luptă contra poluării apelor Mării Nordului prin hidrocarburi, adoptată la Bonn, la 9 iunie 1969, Acordul de la Copenhaga din 16 septembrie 1971, care stabilește o cooperare între patru țări nordice în același domeniu, Convenția de la Oslo din 15 februarie 1972 cu privire la prevenirea poluării marine prin operațiunile de imersie efectuate de către nave și aeronave în Marea Nordului și Atlanticul de Nord-Est.

Programul Organizației Națiunilor Unite pentru Mediu (UNEP/PNUM)

Creat în anul 1972 și având sediul la Nazrobi, Programul Națiunilor Unite pentru mediu¹⁵ este o urmare a Conferinței de la Stockholm, funcționând ca o organizație specializată a ONU în problemele de mediu. Domeniile în care se subîmparte problematica mediului în abordarea UNEP sunt: apa, atmosfera, protejarea stratului de ozon, ecosistemele terestre, sistemele insulare sau de coastă, oceanele, energia, industria și transporturile, pacea, securitatea și mediul.

Programul privind mările regionale a constituit, de la înființarea sa, o abordare unică cu privire la protecția mediului costlier și marin. Un rol important al acestui program al UNEP este să asiste programele vizând mările regionale, în a-și îndeplini responsabilitățile către prioritățile identificate în deciziile relevante ale Consiliului Guvernamental al UNEP, să contribuie la atingerea obiectivelor relevante ale Agendei 21 și ale altor instrumente juridice internaționale.

Existența mărilor regionale a condus la necesitatea cooperării în domeniul protecției mediului, dintre statele riverane.

Noțiunea de mare regională, a fost definită în dicționarul explicativ al limbii române, ca fiind porțiunea de mare sau de ocean de-a lungul coastelor unuia sau mai multor state riverane, supusă suveranității acestora și formând o parte integrantă a teritoriului lor, fiind liberă pentru pescuit și navigația comercială a tuturor statelor, dacă are comunicare cu alte mări sau ieșire la ocean.

O importanță deosebită a avut pentru dezvoltarea cooperării internaționale în domeniu lansarea de către Programul Națiunilor Unite pentru Mediu (UNEP/PNUM), în anul 1974, a bine cunoscutului program pentru „mările regionale”, având două obiective fundamentale: lupta împotriva poluărilor și gestionarea resurselor marine de pe coastă. Programul se adresează în primul rând, degradării accelerate a stării oceanelor lumii și a zonelor costiere.

Regionalizarea fondată pe specificitatea geografică și ecologică a fiecărei mări regionale, a contribuit la stabilirea de legături între statele riverane și la crearea de rețele de cooperare tot mai perfecționate. Rezultatul a fost reprezentat de un ansamblu de instrumente, compuse dintr-un plan și o convenție generală pentru protejarea mediului marin. Primul document a fost încheiat la 16 februarie 1976 la Barcelona și viza protecția Mării Mediterane împotriva poluării. Acesta este însoțit de patru protocoale speciale, referitoare la prevenirea poluării mărilor prin operațiile de imersiune efectuate prin nave

¹⁵ Pompil Draghici, *Dreptul mediului*, Ed. Themis, Fundația Europeană Titulescu, Filiala Craiova, 2000, p. 153.

și aeronave, cooperarea în materie de luptă împotriva poluării cu hidrocarburi, protecția mării contra poluării de origine telurică, arealele special protejate ale Mediteranei.

Consiliul CEE a adoptat Decizia 77/585/CEE privind protecția Mării Mediterane. Au urmat: Convenția regională de la Al-Kuwait, pentru cooperarea în vederea protejării mediului marin împotriva poluării din 24 aprilie 1978, Protocolul adițional referitor la cooperarea regională în materie de luptă împotriva poluării prin hidrocarburi și alte substanțe vătămătoare în caz de situație critică, Convenția de la Abidjan din 23 martie 1981 privind cooperarea pentru protecția și dezvoltarea mediului marin și de coastă din Africa Occidentală și Centrală, Protocolul referitor la cooperarea în materie de luptă împotriva poluării în caz de situație critică, Convenția de la Lima din 20 noiembrie 1981 privind protecția mediului marin și arealele de coastă ale Pacificului de Sud-Est, Acordul de la Lima din 12 noiembrie 1981 privind cooperarea regională în lupta împotriva poluării prin hidrocarburi și alte substanțe vătămătoare în caz de situație critică, Protocolul referitor la protecția împotriva poluării de origine telurică, Protocolul adițional privind cooperarea regională în lupta contra poluării prin hidrocarburi, Convenția regională de la Jeddah din 14 februarie 1982 privind conservarea mediului Mării Roșii și Golfului Aden, Convenția de la Cartagena de Indias (Columbia) din 24 martie 1983 pentru protecția și valorificarea mediului marin în regiunea Caraibilor, Protocolul asupra cooperării în materie de luptă împotriva deversărilor de hidrocarburi în regiunea Caraibilor, Convenția de la Noumea din 24 noiembrie 1986 pentru protecția resurselor naturale și mediului în regiunea din Pacificul de Sud¹⁶.

Astăzi, peste 140 de țări participă la 13 programe privind mările regionale stabilite sub auspiciile UNEP: Marea Neagră, Caraibe, Africa de Est, zona ROPME, Mediterana, Pacificul de Nord-Est, Pacificul de Nord-Vest, Marea Roșie și Golful Aden, Asia de Sud, Pacificul de Sud-Est, Pacific și Africa vestică și centrală. Șase dintre aceste programe sunt administrate de UNEP.

Programul privind mările regionale funcționează în baza unui plan de acțiune care își regăsește cadrul legal în convenție și protocoalele adiționale pe probleme specifice. Mai mult decât atât, mai există cinci programe partenere, care sunt membre ale familiei programului privind mările regionale: Antarctica, Arctica, Marea Baltică, Marea Caspică și regiunea Atlanticului de Nord-Est. Toate acestea acoperă probleme variate, de la deșeurile din chimicale și dezvoltarea costieră, la conservarea mediului și ecosistemelor marine.

Dezvoltând principiile și viziunea Convenției asupra dreptului mării din 1982, convențiile privind mările regionale și evoluțiile lor au marcat trecerea de la orientarea spre utilizare, la orientarea spre resurse, considerată drept esența noului drept al mării.

¹⁶ M. Duțu, *op. cit.*, p. 346.

REGIMUL JURIDIC APLICABIL MICULUI TRAFIC DE FRONTIERĂ ÎN LUMINA REGLEMENTĂRIILOR DIN UNIUNEA EUROPEANĂ ȘI ROMÂNIA

*Laura Magdalena TROCAN**

Abstract:

*In the context of EU accession and assuming commitments on accession to the Schengen Area, Romania, as a State, who, by national borders, ensures the eastern border of the European Union proceeded to align national legislation on the legal regime of borders and for foreigners to Community legislation, because with the accession as a full member of the European Union, Romania has entered a new phase involves the preparation and adoption of the measures necessary for joining the Schengen area through the adoption of legislative measures, institutional and administrative technical implementation of the *acquis* relevant. In fact, the new reality, configured from 1 January 2007, led to Romania's participation, directly on construction European neighboring eastern and also significantly increased the responsibilities of our country regarding the security and border security Eastern Europe, a portion of over 1,400 km. This included the implementation of the European neighborhood policy, the EU recommendations on border security and update their strategies to combat cross-border crime and illegal migration. In this context Romania proceeded to change O.U.G. no. 194/2002 on legal regime of foreigners in Romania through O.U.G. no. 12/23 February 2010, approved by Law no. 115 of 24 June 2010, enabling the implementation of the provisions of Regulation (EC) no. 1,931/2006 of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 laying down rules on local border traffic at the external land borders of the Member States and amending the provisions of the Schengen Convention, this study performing an analysis of the legal regime of the small traffic border in light of the European Union and national provisions.*

Keywords: *border, border traffic, European Union, border crossing point, border security, border crossing permit*

Considerații generale

În literatura de specialitate specifică dreptului internațional public teritoriul de stat, ce constituie una dintre premisele materiale, naturale ale existenței statului ca subiect originar al dreptului internațional public¹, se compune din suprafețe terestre, acvatice și aeriene, delimitate de frontiere și reprezintă elementul esențial pentru existența grupului uman organizat politic în stat și pentru exercitarea prerogativelor suveranității în planul realităților interne². Astfel, frontierele marchează limitele teritoriale în interiorul cărora

* Cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Conf. univ. dr. – Universitatea „Constantin Brâncuși” din Târgu-Jiu, Facultatea de Științe Juridice; e-mail: laura.trocan@gmail.com

¹ Beșteliu-Miga R., *Drept internațional public*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 145.

² Trocan L.M., *Drept internațional public*, Ed. C. H. Beck, București, 2014, p. 114.

statul își exercită suveranitatea sa deplină și exclusivă, reprezentând, în contextul relațiilor internaționale contemporane, zone de contact, de cooperare și de bună vecinătate între popoare³.

În contextul aderării la Uniunea Europeană și al asumării angajamentelor privind aderarea la Spațiul Schengen, România, ca stat care, prin frontierele naționale, asigură și granița estică a Uniunii Europene⁴, a procedat la alinierea legislației naționale în domeniul regimului juridic al frontierelor și al străinilor la legislația comunitară. De altfel, noua realitate, configurată, începând cu 1 ianuarie 2007, a determinat participarea României, în mod direct, la construcția vecinătății europene estice și, totodată, a sporit semnificativ responsabilitățile țării noastre privind securitatea și securizarea frontierelor estice europene, pe o porțiune de peste 1400 km. Acest lucru a presupus punerea în aplicare a politicii europene de bună vecinătate, a recomandărilor Uniunii Europene privind securizarea frontierelor, dar și actualizarea propriilor strategii de combatere a infracțiunilor transfrontaliere și a migrației ilegale⁵.

În aceste condiții s-a procedat la instituirea unui cadru normativ și instituțional menit să răspundă angajamentelor asumate de România în procesul aderării la Uniunea Europeană care, în materia regimului juridic al frontierelor și al străinilor, este dat, în principal, de următoarele acte normative:

- *O.U.G. nr. 105/2001* privind frontiera de stat a României, cu modificările ulterioare;

- *H.G. nr. 445* din 9 mai 2002 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a *O.U.G. nr. 105/2001* privind frontiera de stat a României;

- *O.U.G. nr. 104/2001* privind organizarea și funcționarea Poliției de Frontieră Române, cu modificările ulterioare;

- *Legea nr. 118/2012* privind aprobarea *O.U.G. nr. 18/2012* pentru modificarea *O.U.G. nr. 30/2007* privind organizarea și funcționarea Ministerului Administrației și Internelor, prin care se înființează Inspectoratul General pentru Imigrări;

- *Ordinul Ministerului Afacerilor Interne nr. 163/2016* pentru aprobarea Regulamentului de organizare și funcționare a Direcției generale afaceri europene, Schengen și relații internaționale;

- *Codul Vamal*, publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 350 din 19 aprilie 2006, cu modificările ulterioare;

- *O.U.G. nr. 194/2002* privind regimul străinilor în România, cu modificările ulterioare.

Totodată, în considerarea calității României de stat membru al Uniunii Europene, autoritățile române au trebuit să întreprindă o serie de măsuri în scopul alinierii legislației naționale și în domeniul migrației, deoarece odată cu aderarea ca membru cu drepturi depline la Uniunea Europeană, România a intrat într-o nouă etapă ce presupune pregătirea și adoptarea măsurilor necesare aderării la spațiul Schengen prin adoptarea de

³ Beșteliu-Miga R., *op. cit.*, p. 148.

⁴ Anechitoae C., *Dreptul mării*, ed. a II a, Ed. ProUniversitaria, București, 2013, p. 92.

⁵ Volumul Sesiunii internaționale de comunicări științifice „Strategii de apărare și securitate la frontiera răsăriteană a NATO și UE”, vol. I., Ed. Universității Naționale de Apărare „Carol I”, București, 2006, p. 8.

măsurile legislative, instituționale și administrativ tehnice pentru implementarea acquis-ului relevant⁶.

Astfel, în domeniul micului trafic la frontieră, având în vedere interesul Uniunii Europene ca frontierele cu statele vecine să nu constituie o barieră în calea comerțului, a schimburilor sociale și culturale sau în calea cooperării regionale, România a procedat la modificarea O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România prin intermediul O.U.G. nr. 12 din 23 februarie 2010, aprobată prin Legea nr. 115 din 24 iunie 2010, permițând punerea în aplicare a prevederilor Regulamentului (CE) nr. 1.931/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 decembrie 2006 de stabilire a normelor referitoare la micul trafic de frontieră la frontierele terestre externe ale statelor membre și de modificare a dispozițiilor Convenției Schengen⁷.

Implementarea Regulamentului (CE) nr. 1.931/2006 la nivelul României, precum și a celorlalte state membre, reliefează obiectivele Uniunii Europene privind gestiunea integrată a frontierelor, care nu înseamnă doar controlul la frontieră efectuat exclusiv la frontiera externă, ci cuprinde măsuri în care sunt implicate țările terțe vecine, măsuri adoptate în spațiul de liberă circulație, inclusiv returnarea migranților nereglementari din Uniunea Europeană către țările lor de origine, cooperarea îmbunătățită între diferite instituții ale Uniunii Europene, statelor membre și ale țărilor terțe vecine, dar și utilizarea tehnologiei de ultimă generație⁸.

În lumina dispozițiilor din preambulul Regulamentului (CE) nr. 1.931/2006, regimul specific micului trafic de frontieră constituie o derogare de la normele generale de reglementare a controlului persoanelor la frontierele externe ale statelor membre ale Uniunii Europene, care sunt prevăzute în Regulamentul (CE) nr. 562/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 15 martie 2006 de instituire a unui Cod Comunitar privind regimul de trecere a frontierelor de către persoane (Codul Frontierelor Schengen)⁹.

Instituirea reglementărilor privind micul trafic de frontieră la nivelul Uniunii Europene a urmărit facilitarea trecerii frontierelor terestre externe ale statelor membre pentru persoanele de bună credință cu reședința în zonele de frontieră, care au motive legitime de a trece frecvent o frontieră externă terestră¹⁰, dar și stabilirea unor măsuri în

⁶ Expunere de motive la Legea privind aprobarea O.U.G. pentru completarea O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România (<http://www.cdep.ro/proiecte/2010/200/20/1/em221.pdf>).

⁷ În continuare ne vom referi la Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 decembrie 2006 de stabilire a normelor referitoare la micul trafic de frontieră la frontierele terestre externe ale statelor membre și de modificare a dispozițiilor Convenției Schengen folosind sintagma Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006.

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0673>

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex:32006R1931>

¹⁰ Motivele care justifică trecerea frecventă a frontierei comune vizează menținerea relațiilor de familie prin vizitarea rudelor, însoțirea rudelor pentru acordarea de asistență medicală; participarea la programe în domeniul economic și schimburi în domeniile economic, științific, cultural, medical, sportiv, mass-media sau în domeniul educației; promovarea unor interese economice și desfășurarea unor activități de sprijin economic; rezolvarea problemelor de natură juridică; vizitarea mormintelor rudelor etc. (<https://www.juridice.ro/370727/procedura-de-eliberare-a-permiselor-de-mic-traffic-de-frontiera-pentru-straini-i-rezidenti-in-zona-de-frontiera-a-ucrainei.html>).

scopul contracarării imigrației ilegale și a potențialelor amenințări de securitate generate de diverse activități infracționale¹¹.

Regimul juridic aplicabil micului trafic la frontieră în lumina Regulamentului (CE) nr. 1.931/2006.

Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006 instituie un regim specific micului trafic de frontieră la frontierele terestre externe¹² ale statelor membre ale Uniunii Europene și introduce un permis de trecere locală a frontierei, autorizând statele membre să încheie sau să mențină acorduri bilaterale cu țări vecine¹³ în scopul punerii în aplicare a prevederilor sale¹⁴. În accepțiunea Regulamentului (CE) nr. 1.931/2006 micul trafic de frontieră înseamnă trecerea periodică a unei frontiere terestre externe de către locuitorii zonelor de frontieră, pentru a rămâne într-o zonă de frontieră¹⁵, din motive sociale, culturale sau economice justificate, sau din motive de ordin familial, pentru o perioadă care nu depășește limita stabilită prin regulament. Trebuie precizat că, în conformitate cu prevederile art. 3, pct. 6 al Regulamentului (CE) nr. 1.931/2006, beneficiarii micului trafic la frontieră sunt orice resortisanți ai unei țări terțe care au reședința legală în zona de frontieră a unei țări vecine cu un stat membru pentru o perioadă de cel puțin un an. Această condiționare cu privire la durata minimă a reședinței legale este menită să descurajeze migrația în alte scopuri decât cele pentru care se autorizează micul trafic la frontieră. Cu toate acestea, în cazuri excepționale și justificate corespunzător, precizate în acordurile bilaterale, poate fi considerată adecvată și o perioadă de reședință mai mică de un an, instituindu-se, în felul acesta, o derogare de la regula reședinței de minim un an¹⁶. Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006, prin dispozițiile art. 4, prevede o serie de condiții privind trecerea frontierei externe a unui stat membru vecin care vizează faptul că locuitorii zonelor de frontieră trebuie să fie în posesia unui permis de trecere locală a frontierei și, dacă acordurile bilaterale impun, și a unui document de călătorie valabil, să nu fie semnalați în cadrul Sistemului de Informații Schengen spre refuzul intrării și să nu fie considerați o amenințare pentru ordinea publică, siguranța internă, sănătatea publică sau relațiile internaționale ale unuia dintre statele membre și să nu fie semnalați în bazele de date naționale spre refuzul intrării din aceleași motive. Impunerea acestor condiții se justifică având în vedere evenimentele majore produse în ultimii ani, ce au adus atingere securității naționale, precum și ordinii și siguranței publice a statelor membre, care au

¹¹ Tomescu, I.R., *International migration. Security implications*, în *Revista Research and Science Today*, nr. 2/2013, p. 63-68.

¹² Art. 3, pct. 1 din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006 definește „frontieră terestră externă” ca fiind frontiera terestră comună dintre un stat membru și o țară terță vecină.

¹³ În conformitate cu prevederile art. 19 din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006, statele membre au obligația de a notifica Comisia Europeană cu privire la acordurile bilaterale încheiate.

¹⁴ Art. 1 din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006.

¹⁵ Art. 3, pct. 2 din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006 definește zonă de frontieră ca fiind o zonă care nu se întinde mai mult de treizeci de kilometri de la frontieră. Localitățile care trebuie să fie considerate drept zonă de frontieră sunt precizate de statele în cauză în acordurile lor bilaterale. Cu toate acestea, orice parte a uneia dintre aceste localități situată la peste treizeci de kilometri, dar la mai puțin de cincizeci de kilometri de linia de frontieră este considerată ca aparținând zonei de frontieră.

¹⁶ Art. 3, pct. 6 din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006.

reliefa necesitatea creșterii gradului de securizare a frontierelor¹⁷. În ceea ce privește durata șederii neîntrerupte în cadrul regimului de mic trafic de frontieră, prevederile cuprinse în art. 5 din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006 limitează această durată la maxim trei luni, fără a impune alte restricții.

Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006 stipulează faptul că trecerea frontierei de stat se realizează în baza permisului de trecere locală a frontierei, instituind, astfel, obligativitatea trecerii frontierei de stat cu un document având o destinație specială și o valabilitate teritorială limitată la zona de frontieră a statului membru emitent, pe care, cu ocazia controlului la frontieră, organele abilitate nu aplică ștampila de intrare sau de ieșire¹⁸.

Dispozițiile Regulamentului (CE) nr. 1.931/2006 prevăd instituirea unui model uniform de permis de trecere locală a frontierei pentru resortisanții statelor terțe și faptul că acest document include o fotografie a titularului și cuprinde, cel puțin, următoarele informații:

- numele, prenumele, data nașterii, cetățenia și locul de reședință al titularului permisului;
- autoritatea emitentă, data eliberării și perioada de validitate;
- zona de frontieră în care este autorizat să circule titularul permisului;
- numărul (numerele) documentului (documentelor) de călătorie valabil(e), care conferă titularului dreptul de a trece frontierele externe.

Conform art. 9 și 10 din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006, permisul de trecere locală a frontierei, a cărui valabilitate se situează între minim un an și maxim cinci ani, poate fi eliberat rezidenților din zonele de frontieră care:

- posedă un document sau documente de călătorie valabil(e), astfel cum se menționează la art. 17 alin. (3) lit. A) din Convenția Schengen, care le conferă dreptul de a trece frontierele externe;
- prezintă documente care dovedesc statutul lor de locuitori ai zonei de frontieră și care dovedesc existența unor motive legitime pentru trecerea frecventă a unei frontiere terestre externe în temeiul regimului specific micului trafic de frontieră;
- nu au fost semnalati în cadrul SIS spre refuzul intrării;
- nu sunt considerați drept o amenințare pentru ordinea publică, siguranța internă, sănătatea publică sau relațiile internaționale ale unuia dintre statele membre și, în special, nu au fost semnalati în bazele de date naționale ale statelor membre spre refuzul intrării din aceleași motive.

Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006 (art. 11) conține dispoziții și cu privire la taxele de eliberare a permisului de trecere locală a frontierei, prevăzând și posibilitatea eliberării în mod gratuit.

În ceea ce privește organele abilitate să emită permise de trecere locală a frontierei, Regulamentul Uniunii Europene arată că acestea pot fi eliberate de consulate sau de orice autoritate administrativă a unui stat membru, desemnate în cadrul acordurilor bilaterale¹⁹. Totodată, Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006 instituie obligația pentru statele membre de

¹⁷ Tomescu, I. R., *Securitate și relații internaționale în contextul globalizării*, Ed. Universității Naționale de Apărare „Carol I”, București, 2014, p. 77.

¹⁸ Art. 7, alin. (2) și art. 6, alin. (2) din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006.

¹⁹ Art. 12, alin. (1) din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006.

a ține un registru central al permiselor de trecere locală a frontierei care sunt solicitate, eliberate, prelungite, anulate sau retrase și de a desemna un punct de contact național responsabil cu furnizarea, la cererea altor state membre, a informațiilor cu privire la permisele introduse în acest registru²⁰.

În vederea facilitării trecerii frontierei de stat de către beneficiarii permiselor de trecere locală a frontierei, statele membre instituie puncte speciale de trecere a frontierei, rezervate locuitorilor zonelor de frontieră, rezervă culoare speciale pentru locuitorii zonelor de frontieră la punctele obișnuite de trecere a frontierei sau luând în considerare circumstanțele locale și, cu titlu excepțional, în cazul în care există o necesitate deosebită, autorizează locuitorii zonelor de frontieră să treacă frontiera terestră externă a acestora în puncte stabilite, altele decât punctele de trecere autorizate și în afara orelor stabilite²¹.

Potrivit dispozițiilor cuprinse în art. 17 din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006, statele membre au obligația de a se asigura că orice utilizare abuzivă a regimului specific micului trafic de frontieră face obiectul sancțiunilor prevăzute de legislația națională, care trebuie să fie efective, proporționale și cu efect de descurajare, incluzând posibilitatea anulării și revocării permiselor de trecere locală a frontierei.

Totodată, Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006 instituie obligația pentru statele membre de a ține un registru al tuturor cazurilor de utilizare abuzivă a regimului specific micului trafic de frontieră și al sancțiunilor aplicate și de a transmite aceste informații, la fiecare șase luni, celorlalte state membre și Comisiei Europene.

Regimul juridic aplicabil micului trafic la frontieră în lumina reglementărilor O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România, cu modificările ulterioare

În România, micul trafic de frontieră se desfășoară potrivit acordurilor bilaterale încheiate cu state terțe vecine, în conformitate cu prevederile capitolului al II^a-lea, art. 16¹-16⁵ din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România, cu modificările ulterioare. Introducerea capitolului al II^a-lea, art. 16¹-16⁵ în O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România s-a realizat în anul 2010 în vederea transpunerii prevederilor Regulamentului (CE) nr. 1.931/2006, în contextul obligațiilor asumate în calitate de stat membru al Uniunii Europene. În conformitate cu art. 16² din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România, cu modificările ulterioare, permisele de mic trafic de frontieră se eliberează, în termen de până la 60 zile de la data depunerii cererii, de către misiunile diplomatice și oficiile consulare ale României în țările terțe vecine cu care România a încheiat acorduri bilaterale, în condițiile stabilite prin aceste acorduri. Trebuie precizat că, în cazurile stabilite prin protocol aprobat prin ordin comun al ministrului afacerilor externe și al ministrului administrației și internelor, misiunile diplomatice și oficiile consulare, în vederea aprobării cererilor pentru acordarea permiselor de mic trafic de frontieră, solicită avizul Inspectoratului General pentru Imigrări. Prin avizul Inspectoratului General pentru Imigrări, care trebuie emis în termen de 30 de zile de la data primirii solicitării, se constată îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 6, alin. (1), lit. e), g) și h) din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în

²⁰ Art. 12, alin. (2) din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006.

²¹ Art. 15 din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006.

România, cu modificările ulterioare, care atestă faptul că intrarea pe teritoriul României poate fi permisă doar străinilor care îndeplinesc următoarele condiții: - pe numele lor nu sunt introduse semnalări în Sistemul informatic național de semnalări în scopul refuzului intrării pe teritoriul statului român; - pe numele lor nu sunt introduse semnalări în Sistemul de informații Schengen în scopul refuzului intrării; - nu prezintă un pericol pentru apărarea și securitatea națională, ordinea, sănătatea ori morala publică.

Potrivit dispozițiilor art. 16³ din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România, cu modificările ulterioare, permisul de mic trafic de frontieră reprezintă documentul care dă dreptul rezidenților din zona de frontieră să treacă frontiera de stat comună, în regim de mic trafic de frontieră, conform Regulamentului (CE) nr. 1.931/2006 și în baza acordurilor bilaterale încheiate de România cu țările terțe vecine cu. Titularul permisului de mic trafic de frontieră are obligația de a avea în permanență asupra sa documentul, de a nu-l înstrăina și de a-l prezenta organelor autorităților competente ori de câte ori i se solicită aceasta. Totodată, titularul permisului de mic trafic de frontieră este obligat să anunțe organele poliției de frontieră competente despre furtul, pierderea, deteriorarea sau distrugerea permisului de mic trafic, în termen de cel mult 5 zile de la constatarea vreuneia dintre aceste situații, caz în care i se eliberează de către organele abilitate un nou permis de mic trafic de frontieră în locul celui declarat furat, pierdut, deteriorat sau distrus, după reluarea integrală a procedurii de eliberare. Dând expresie dispozițiilor art. 12 alin. (2) din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006, legiuitorul român a prevăzut în mod expres, în art. 16³, alin. (6) din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România faptul că evidența permiselor de mic trafic de frontieră solicitate, eliberate, anulate sau revocate se ține la nivel național într-un registru central, în format electronic, de către Inspectoratul General pentru Imigrări, care este desemnat și punct de contact național, responsabil cu gestionarea și furnizarea datelor cuprinse în acest registru²².

Având în vedere prevederea cuprinsă în art. 16³, alin. (5) din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România potrivit căreia forma și conținutul permiselor de mic trafic de frontieră se stabilesc prin hotărâre a Guvernului²³, în anul 2010 a fost adoptată H.G. nr. 174 privind stabilirea formei și conținutul permiselor de mic trafic de frontieră. Conform dispozițiilor acestui act normativ, permisele de mic trafic de frontieră conțin elementele biometrice de identificare ale titularului acestuia în conformitate cu prevederile art. 4a și 4b din Regulamentul (CE) nr. 1.030/2002 al Consiliului din 13 iunie 2002 de instituire a unui model uniform de permis de ședere pentru resortisanții țărilor terțe, cu modificările și completările ulterioare, și respectă specificațiile tehnice prevăzute în Decizia Comisiei C (2009) 3.770 din 20 mai 2009 de modificare a specificațiilor tehnice pentru modelul uniform de permis de ședere pentru resortisanții țărilor terțe²⁴. Totodată, trebuie spus că permisele de mic trafic de frontieră eliberate de

²² În conformitate cu prevederile art. 16³ alin. (6) din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România, cu modificările ulterioare, registrul central se alimentează și se actualizează de către toate autoritățile cu atribuții în domeniul micului trafic la frontieră.

²³ Art. 16³, alin. (5) din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor, cu modificările ulterioare, prevede că Ministerul Afacerilor Externe comunică Comisiei Europene și celorlalte state membre ale Uniunii Europene modelul de permis de trecere locală a frontierei.

²⁴ Art. 1¹ din H.G. nr. 174/2010 privind stabilirea formei și conținutul permiselor de mic trafic de frontieră.

România corespund normelor de siguranță și specificațiilor stabilite prin Regulamentul (CE) nr. 380/2008 al Consiliului din 18 aprilie 2008 de modificare a Regulamentului (CE) nr. 1.030/2002 de instituire a unui model uniform de permis de ședere pentru resortisanții țărilor terțe. Acestea vor putea fi adaptate în funcție de dinamica reglementărilor Uniunii Europene în domeniu.

O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor, cu modificările ulterioare, conține dispoziții în art. 16⁴ și cu privire la anularea și revocarea permiselor de mic trafic de frontieră, arătând că acestea pot fi anulate sau revocate în străinătate de către misiunile diplomatice sau oficiile consulare ale României, iar în țară de către organele poliției de frontieră, cu ocazia controlului pentru trecerea frontierei de stat, sau de către Inspectoratul General pentru Imigrări, atunci când străinii se află pe teritoriul statului român²⁵ respectându-se, de altfel, principiul simetriei juridice în ceea ce privește actele administrative. O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor, cu modificările ulterioare, conține dispoziții exprese privind motivele care stau la baza dispunerii măsurii anulării sau revocării permiselor de mic trafic de frontieră.

Astfel, măsura anulării permisului de mic trafic de frontieră poate fi dispusă în următoarele situații:

a) se constată ulterior că, la data solicitării permisului de mic trafic de frontieră, străinii nu îndeplineau condițiile prevăzute de acordurile care reglementează regimul juridic privind micul trafic la frontiera comună;

b) străinii au obținut permisul de mic trafic de frontieră pe baza unor documente sau informații false;

c) străinii au introdus sau au încercat să introducă ilegal în România alți străini ori au înlesnit transportul sau cazarea acestora;

d) străinii au încălcat reglementările vamale sau au trecut ori au încercat să treacă ilegal frontiera de stat

e) străinii au intrat în România în perioada de interdicție.

Măsura revocării permisului de mic trafic de frontieră poate fi dispusă de către autoritățile menționate mai sus în următoarele situații:

a) străinii nu mai îndeplinesc condițiile cerute la acordarea permisului de mic trafic de frontieră;

b) după acordarea permisului de mic trafic de frontieră străinii au fost declarați indezirabili sau împotriva lor a fost dispusă măsura interzicerii intrării în România;

c) străinii recidivează în depășirea zonei de frontieră prevăzută pentru micul trafic.

Dispozițiile legale în vigoare stipulează faptul că decizia de anulare sau, după caz, de revocare a permisului de mic trafic de frontieră, luată de autoritatea competentă se comunică străinului, în scris, împreună cu motivele care au stat la baza acesteia, de către:

a) misiunea diplomatică sau oficiul consular care a eliberat permisul de mic trafic de frontieră, atunci când solicitantul se află în străinătate;

b) de către organele poliției de frontieră, atunci când acesta se află în punctul de trecere a frontierei de stat;

²⁵ Punerea în executare a măsurii anulării sau revocării permisului de mic trafic de frontieră se face de către organele poliției de frontieră ori, după caz, ale Inspectoratului General pentru Imigrări. (Art. 16⁴, alin. (2) din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor, cu modificările ulterioare).

c) Inspectoratul General pentru Imigrări, atunci când cel în cauză se află în România, prin decizia de returnare

În ceea ce privește efectele, în O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor, cu modificările ulterioare, se arată, în mod expres, că, de la data comunicării, anularea produce efecte retroactive (*ex tunc*), iar revocarea produce efecte numai pentru viitor (*ex nunc*).

În aplicarea art. 17 din Regulamentul (CE) nr. 1.931/2006, legiuitorul român a prevăzut, în art. 16⁵ din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România, cu modificările ulterioare, și faptele care constituie abateri de la regimul juridic aplicabil micului trafic la frontieră, ce constituie contravenții, prevăzând inclusiv sistemul sancționator al acestora. Sunt sancționate cu amendă, ce variază între 100 lei și 1200 lei, la care se adaugă, în anumite situații, și măsura returnării, următoarele fapte:

- depășirea perioadei de ședere stabilită prin acordul care reglementează regimul juridic privind micul trafic la frontiera comună;
- depășirea zonei de frontieră stabilită prin acordul care reglementează regimul juridic privind micul trafic la frontiera comună
- nerespectarea obligațiilor prevăzute la art. 16³, alin. (2) din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România, cu modificările ulterioare;
- nerespectarea termenului de declarare a furtului, pierderii, deteriorării sau distrugerii permisului de mic trafic de frontieră.

De asemenea, dispozițiile art. 16⁵, alin. (5) din O.U.G. nr. 194/2002 privind regimul străinilor în România, cu modificările ulterioare prevăd și posibilitatea dispunerii de către Inspectoratul General pentru Imigrări, în conformitate cu prevederile art. 106³ din același act normativ, a măsurii interzicerii intrării în România pentru titularul permisului de mic trafic de frontieră. Dispunerea măsurii de interzicere a intrării în România trebuie comunicată străinilor, în scris, de către organul care a luat măsura și trebuie să conțină motivarea în fapt și în drept, precum și informațiile privind căile de atac posibile. Măsura de interzicere a intrării în România poate fi contestată de către străin în termen de 10 zile de la comunicare la curtea de apel în a cărei rază de competență se află formațiunea care a dispus această măsură, cu mențiunea că această contestație nu suspendă executarea măsurilor de îndepărtare, iar hotărârea instanței este definitivă.

Concluzii

Potrivit reglementărilor Uniunii Europene, statele membre pot să încheie cu statele vecine, care nu fac parte din Uniunea Europeană, acorduri bilaterale pentru a înlesni accesul cetățenilor, care locuiesc în apropierea frontierei externe a Uniunii Europene, în statul vecin. Acordurile ce reglementează micul trafic la frontieră reprezintă o facilitate pe care Uniunea Europeană o oferă statelor terțe, un fel de derogare de la rigorile regimului de vize pentru anumite categorii de cetățeni ai statului terț, și anume pentru cei care locuiesc în zona de frontieră, în condițiile existenței unor motive întemeiate²⁶. În baza prevederilor actelor normative analizate în cuprinsul acestui studiu și având în vedere preocupările autorităților române pentru facilitarea regimului călătoriilor în

26

<http://epochtimes-romania.com/news/ucraina-nu-a-raspuns-la-propunerile-mae-privind-acordul-de-mic-traffic-la-frontiera---94774>

regiunile limitrofe frontierei comune cu țările vecine, în beneficiul locuitorilor acestor zone²⁷, România a încheiat următoarele acorduri bilaterale:

- Acordul între Guvernul României și Cabinetul de Miniștri al Ucrainei privind micul trafic de frontieră, semnat în data de 2 octombrie 2014 și intrat în vigoare la data de 14 mai 2015²⁸;

- Acordul între Guvernul României și Guvernul Republicii Moldova privind micul trafic de frontieră, semnat în data 13 noiembrie 2009 și intrat în vigoare la data de 22 ianuarie 2010.

Prevederile celor două acorduri asigură un echilibru între, pe de o parte, facilitarea trecerii frontierelor de către rezidenții în zona de frontieră care au motive legitime să treacă, în mod frecvent, o frontieră terestră externă și, pe de altă parte, necesitatea de a preveni imigrația ilegală și eventualele amenințări la adresa securității, reprezentate de activitățile infracționale²⁹.

După cum rezultă din informațiile furnizate de Ministerul Afacerilor Externe, în cursul anului 2010, România a convenit încheierea și cu Serbia a unui acord de mic trafic la frontieră și consolidarea cooperării bilaterale în domeniul combaterii traficului de narcotice și emigrației ilegale³⁰, dar, până în prezent, această inițiativă nu s-a materializat.

²⁷ <http://www.mae.ro/node/32008>.

²⁸ *În baza unor estimări generale, se apreciază că peste două milioane de persoane din România și Ucraina vor beneficia de prevederile acordului.* (<https://kiev.mae.ro/local-news/852>).

²⁹ Expunerea de motive la Legea nr. 10/2010 pentru ratificarea Acordului între Guvernul României și Guvernul Republicii Moldova privind traficul de frontieră (<http://www.cdep.ro/proiecte/2009/700/00/7/em707.pdf>).

³⁰ <http://www.mae.ro/node/2641>.

SECȚIUNEA
DREPT PENAL – CRIMINOLOGIE

INSTRUMENTE JURIDICE INTERNAȚIONALE FOLOSITE DE LEGIUITORUL ROMÂN ÎN REDACTAREA ȘI ADOPTAREA NOULUI COD PENAL

Ion RISTEA*

Abstract:

The author, in the current paper has emphasized the international legal instruments used by the Romanian legislator in drafting the new Criminal Code adopted by the Law No 286/2009 and applied by the Law No 187/2012. It has been made an express reference to the European Convention on Human Rights signed in Rome on 4th November 1950, entered into force on 3rd September 1953 and ratified by Romania with the Law No 30/18.05.1995, as well as to the other international documents of interest for Romania as result of the international obligations assumed. The reflection of the provisions of the international conventions having an institutional and normative nature in the Romanian penal legislation, their harmonization, represents a sine qua non condition for the achievement of a solid and efficient platform for the judicial system in its totality and especially for the reformation of the Romanian criminal legislation.

Keywords: *the United Nations, the Council of Europe, convention, recommendation, resolution*

Reforma legislației penale, ca parte integrantă a reformei sistemului judiciar în ansamblul său, a reprezentat și reprezintă în prezent obiectivul de bază al Parlamentului României, ca unică autoritate legiuitoare a țării, al Guvernului României, care exercită conducerea generală a administrației publice, al autorității judecătorești reprezentată prin instanțele judecătorești și Ministerul public.

De asemenea, un rol important în reforma legislației penale revine doctrinei penale, care trebuie să identifice anumite contradicții ale reglementărilor ori paralelisme de texte inutile, ori neconcordanțe între dreptul pozitiv și practica judiciară.

Analizând actele normative elaborate de către autoritățile publice susmenționate, constatăm că printre principiile și obiectivele care au stat la baza reformei sistemului judiciar în ansamblul său și a legislației penale în special, se află necesitatea cunoașterii și implementării instrumentelor juridice internaționale în legislația noastră internă.

Astfel, în Hotărârea de Guvern nr. 1052 din 04 septembrie 2003 pentru aprobarea Strategiei Guvernului României de reformă a sistemului judiciar pentru perioada 2003-2007 se menționează ca principiu „armonizarea cu normele internaționale și europene cele mai avansate, avându-se în același timp în vedere tradițiile și identitatea națională”¹.

* Prof. univ. dr.; Cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” din cadrul Academiei Române; ristea_m_ion@yahoo.com.

¹ Publicată în M. Of. nr. 649 din 12 noiembrie 2003.

În Hotărârea de Guvern nr. 1183 din 24 septembrie 2008 pentru aprobarea tezelor prealabile ale proiectului Codului penal² se menționează că obiectivul noii reglementări printre altele, este și „asigurarea satisfacerii exigențelor decurgând din principiile fundamentale ale dreptului penal consacrate de Constituție și de pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte, precum și transpunerea în cadrul legislativ penal național a reglementărilor adoptate la nivelul Uniunii Europene”.

Aceste obiective le găsim și în expunerea de motive a Legii nr. 286/2009 pentru adoptarea noului Cod penal³, precum și în expunerea de motive a Legii nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal⁴.

În continuare vom prezenta unele instrumente și acte juridice internaționale relevante folosite de legiuitorul român în conceperea și adoptarea noului Cod penal:

1. Convenția europeană a drepturilor omului sau Convenția pentru protecția drepturilor omului și libertăților fundamentale elaborată de Consiliul Europei, semnată pe 4 noiembrie 1950 la Roma și intrată în vigoare la 3 septembrie 1953, a fost ratificată de România prin Legea nr. 30 din 18 mai 1995⁵.

Prevederile Convenției se reflectă în Codul penal român cu privire la:

- ocrotirea dreptului la viață. Conform art. 2 din Convenție, dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege. Moartea nu poate fi cauzată cuiva în mod intenționat, decât în executarea unei sentințe capitale pronunțate de un tribunal în cazul în care infracțiunea este sancționată cu această pedeapsă prin lege. Moartea nu este considerată ca fiind cauzată prin încălcarea acestui articol în cazurile în care aceasta ar rezulta dintr-o recurgere absolut necesară la forță: a) pentru a asigura apărarea oricărei persoane împotriva violenței ilegale; b) pentru a efectua o arestare legală sau a împiedica evadarea unei persoane legal deținute; c) pentru a reprimă, conform legii, tulburări violente sau o insurecție. În acest sens a fost incriminată infracțiunea de omor (art. 188 C. pen.), omorul calificat (art. 189 C. pen.), uciderea la cererea victimei (art. 190 C. pen.), determinarea sau înlesnirea sinuciderii (art. 191 C. pen.), uciderea din culpă (art. 192 C. pen.), lovirile sau vătămările cauzatoare de moarte (art. 195 C. pen.), legitima apărare (art. 19 C. pen.) etc.

- interzicerea torturii. Potrivit art. 3 din Convenție, nimeni nu poate fi supus torturii, nici pedepselor sau tratamentelor inumane, ori degradante. Aceste prevederi își găsesc corespondent în art. 282 C. pen., care incriminează tortura, precum și în art. 281 C. pen., care incriminează supunerea la rele tratamente, infracțiuni care se regăsesc în Titlul V din partea generală a Codului penal, intitulat „Infracțiuni contra înfăptuirii justiției”.

- interzicerea sclaviei și a muncii forțate: Potrivit art. 4 din Convenție, nimeni nu poate fi ținut în sclavie sau în condiții de aservire și nimeni nu poate fi constrâns să execute o muncă forțată sau obligatorie.

Acest text se regăsește în legislația penală română în art. 209 C. pen., care reglementează sclavia, precum și art. 212 C. pen., care are ca *nomen iuris* supunerea la

² Publicată în M. Of. nr. 686 din 8 octombrie 2008.

³ Publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994.

muncă forțată sau obligatorie, text introdus în legea penală română ca urmare a Convenției nr. 39 din 1930 privind munca forțată și obligatorie, ratificată de statul român prin Decretul nr. 213/1957⁶.

- dreptul la libertate și la siguranță este menționat în art. 5 din Convenție, prevăzându-se și cazurile când acestui drept i se poate aduce atingere. Legea penală română cuprinde dispoziții care stabilesc exigențele acestui text. Astfel, a fost incriminată infracțiunea prevăzută de art. 283 C. pen., care în alin. (2) pedepsește reținerea sau arestarea ori condamnarea unei persoane, știind că este nevinovată.

De asemenea, în art. 205 C. pen. este incriminată infracțiunea de lipsire de libertate în mod ilegal în varianta tip, varianta asimilată și în două variante agravate, pedeapsa având ca limită specială maximă până la 15 ani închisoare și interzicerea exercitării unor drepturi.

Menționăm că dreptul la libertate și la siguranță prevăzut în art. 5 din Convenție se reflectă și în foarte multe texte din Codul de procedură penală.

- dreptul la un proces echitabil este prevăzut în art. 6 din Convenție și are în vedere dreptul oricărei persoane la judecarea cauzei sale, în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa. Hotărârarea trebuie să fie pronunțată în mod public, dar accesul în sala de ședință poate fi interzisă presei și publicului pe întreaga durată a procesului sau a unei părți a acestuia în interesul moralității, al ordinii publice ori al securității naționale, într-o societate democratică, atunci când interesele minorilor sau protecției vieții private a părților la proces o impun, sau în măsura considerată absolut necesară, de către instanță atunci când în împrejurările speciale, publicitatea ar fi de natură să aducă atingerea intereselor justiției.

Textul stabilește și prezumpția de nevinovăție, precum și drepturile persoanei acuzate.

Exigențele art. 6 din Convenție sunt cuprinse și în legea procesual penală română (exemplu: art. 4, art. 8, art. 10, art. 12, art. 351, art. 352, art. 356, art. 405 etc.).

- în art. 7 din Convenție este consacrat principiul legalității incriminării și pedepsei, precum și principiul retroactivității legii penale mai favorabile. Potrivit acestui text, nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau o omisiune care, în momentul în care a fost comisă, nu constituia o infracțiune după dreptul național sau internațional. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea care era aplicabilă în momentul săvârșirii infracțiunii. Acest articol nu va aduce atingere judecării și pedepsirii unei persoane vinovate de o acțiune sau de o omisiune care, în momentul săvârșirii sale, era considerată infracțiune potrivit principiilor generale de drept recunoscute de națiunile civilizate.

Aceste prevederi se regăsesc în legea penală română, respectiv în noul Cod penal în art. 1 (legalitatea incriminării), art. 2 (legalitatea sancțiunilor de drept penal), art. 5 (aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei) și art. 6 (aplicarea legii penale mai favorabile după judecarea definitivă a cauzei).

- dreptul la respectarea vieții private și de familie este menționat în art. 8 din Convenție Potrivit acestui text, orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private

⁶ Publicat în B. Of. nr. 4 din 18 ianuarie 1958.

și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale. Nu este admis amestecul unei autorități publice în executarea acestui drept, decât în măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă constituie o măsură care într-o societate democratică, este necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protejarea sănătății sau a moralei, ori protejarea drepturilor și libertăților altora.

Codul penal român cuprinde dispoziții care satisfac în mare măsură aceste prevederi. Astfel, în art. 224 este incriminată violarea de domiciliu, în art. 225 violarea secretului profesional, în art. 226 violarea vieții private, iar în art. 227 divulgarea secretului profesional.

De asemenea, în Capitolul II din Titlul VIII sunt reglementate infracțiunile contra familiei: art. 376 – bigamia; art. 377 – incestul; art. 378 – abuzul de familie; art. 379 – nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului; art. 380 – împiedicarea accesului la învățământul general obligatoriu.

- libertatea de gândire, de conștiință și de religie este prevăzută în art. 9 din Convenție. Potrivit acestui articol, orice persoană are dreptul la libertatea de gândire, de conștiință și de religie: acest drept include libertatea de a-și schimba religia sau convingerea, precum și libertatea de a-și manifesta religia sau convingerea în mod individual sau colectiv, în public, sau în particular, prin cult, învățământ, practici și îndeplinirea ritualurilor.

Libertatea de a-și manifesta religia sau convingerile nu pot face obiectul altor restrângeri decât acele care, prevăzute de lege, constituie măsuri necesare într-o societate democratică, pentru siguranța publică, protecția ordinii, a sănătății sau a moralei publice, ori pentru protejarea drepturilor și libertăților altora.

Codul penal român incriminează unele fapte care pot aduce atingere libertății de conștiință. Astfel, potrivit art. 381 C. pen. constituie infracțiune împiedicarea sau tulburarea liberei exercitări a ritualului unui cult religios care este organizat și funcționează potrivit legii, sau obligarea unei persoane, prin constrângere să participe la serviciile religioase ale unui cult ori să îndeplinească un act religios legat de exercitarea unui cult sau obligarea unei persoane, prin violență sau amenințare, să îndeplinească un act interzis de cultul, organizat potrivit legii, căruia îi aparține.

De asemenea, în art. 297 alin. (2) C. pen. este incriminată fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, îngreuește exercitarea unui drept al unei persoane, ori creează pentru aceasta o situație de inferioritate pe teme de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, orientare sexuală, apartenență politică, avere, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA.

- libertatea de exprimare este ocrotită de Convenție în art. 10. Acest text menționează că orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare care cuprinde libertatea de opinie și libertatea de a primi sau de a comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere. Acest articol nu împiedică statele să supună societățile de radiodifuziune, de cinematografie sau de televiziune unui regim de autorizare.

Codul penal în vigoare incriminează unele fapte care constituie o exercitare nepermisă, abuzivă a dreptului la exprimare. Astfel, sunt incriminate faptele de instigare publică (art. 368 C. pen.), trădarea prin transmitere de informații secrete de stat (art. 395

C. pen.), comunicarea de informații false (art. 404 C. pen.), divulgarea secretului care periclitează securitatea națională (art. 407 C. pen.), ultrajul (art. 257 C. pen.), ultrajul judiciar (art. 279 C. pen.), ultrajul contra bunelor moravuri (art. 375 C. pen.).

- libertatea de întrunire și de asociere este prevăzută în art. 11 din Convenție, în sensul că orice persoană are dreptul la libertatea de întrunire pașnică și la libertatea de asociere, inclusiv dreptul de a constitui cu alții sindicate și de a se afilia la sindicate pentru apărarea intereselor sale.

Acest text se reflectă în noua legislație penală română în art. 373 C. pen. având ca denumire marginală „împiedicarea desfășurării unei adunări publice”.

- interzicerea discriminării este prevăzută în art. 14 din Convenție. Textul menționează că exercitarea drepturilor și libertăților recunoscute de Convenție trebuie să fie asigurată fără nicio deosebire bazată în special pe sex, rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenență la o minoritate națională, avere, naștere sau orice altă situație. Această prevedere se regăsește în legislația penală română în art. 297 alin. (2) C. pen. privind abuzul în serviciu, precum și în art. 77 lit. h) C. pen. privind circumstanțele agravante.

2. Convenția ONU împotriva corupției adoptată la New York în 2004, ratificată de România prin Legea nr. 365/2004⁷; Convenția penală privind corupția, adoptată de Consiliul Europei la Strasbourg, ratificată de România prin Legea nr. 27/2002⁸; Protocolul adițional la Convenția penală a Consiliului Europei privind corupția, adoptat la Strasbourg la 15 mai 2003, ratificat de România prin Legea nr. 260/2004⁹; Decizia-cadru nr. 2003/568/JAI a Consiliului Europei din 22 iulie 2003 privind combaterea corupției în sectorul privat¹⁰.

Aceste instrumente au fost folosite de legiuitorul român în redactarea Capitolului I al Titlului V din partea specială a Codului penal, intitulat „Infrațiuni de corupție”, cu referire la art. 289 C. pen. (luarea de mită), art. 290 C. pen. (darea de mită), art. 291 C. pen. (traficul de influență), art. 292 C. pen. (cumpărarea de influență), art. 293 C. pen., (fapte săvârșite de către membrii instanțelor de arbitraj sau în legătură cu aceștia), art. 294 C. pen. (fapte săvârșite de către funcționari străini sau în legătură cu aceștia).

3. Decizia-cadru a Consiliului Europei nr. 2005/2012/JAI din 24 octombrie 2005 (Bruxelles) privind confiscarea produselor, a instrumentelor și a bunurilor având legătură cu infracțiunea. Art. 3 din această Decizie-cadru a fost folosit de legiuitorul român în redactarea art. 112¹ C. pen. privind confiscarea extinsă, text introdus prin Legea nr. 365 din 15 septembrie 2004 privind modificarea și completarea Codului penal¹¹.

4. Convenția ONU cu privire la drepturile copilului adoptată la 29 noiembrie 1989, intrată în vigoare la 2 septembrie 1990, ratificată de România prin Legea nr. 18/1990¹²;

⁷ Publicată în M. Of. nr. 903 din 5 octombrie 2004.

⁸ Publicată în M. Of. nr. 65 din 30 ianuarie 2002.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 612 din 7 iulie 2004.

¹⁰ Publicată în JOUE seria L nr. 192 din 31 iulie 2003.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 258 din 19 aprilie 2012.

¹² Publicată în M. Of. nr. 109 din 28 septembrie 1990 și republicată în M. Of. nr. 314 din 13 iunie 2001.

Rezoluția ONU nr. 40/33 din 29 noiembrie 1985 adoptată de Adunarea generală la Beijing, privind standarde minime pentru administrarea Justiției pentru minori; Rezoluția ONU nr. 45/113 din 14 decembrie 1990 privind Normele ONU pentru protecția minorilor privați de libertate; Rezoluția ONU nr. 45/112 (principiile de la Riyadh) privind principiile Națiunilor Unite pentru prevenirea delictului juvenil adoptată în 1990; Recomandarea (2003) 20 a Consiliului Europei – Comitetul de Miniștri cu privire la modalități de tratare a delictului juvenil și rolul justiției juvenile, adoptată la 24 septembrie 2003; Recomandarea (2008) 11 a Consiliului Europei – Comitetul de Miniștri din 5 noiembrie 2008 privind regulile europene pentru minorii care fac obiectul unor sancțiuni sau măsuri dispuse de organele judiciare.

Aceste acte internaționale au determinat legiuitorul român să reglementeze în Codul penal art. 27 (minoritatea – cauză de neimputabilitate) și întreg Titlul V din Codul penal partea generală, referitor la „minoritatea” (regimul răspunderii penale a minorilor; regimul măsurilor educative neprivative de libertate; regimul măsurilor educative privative de libertate și dispozițiile comune).

5. Rezoluția nr. 45/110 din 14 decembrie 1990 a Adunării Generale a Națiunilor Unite privind Standarde minime privind măsurile noncustodiale (The Tokyo Rules); Recomandarea nr. (79) 14 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei din 14 iunie 1979 referitor la aplicarea Convenției Europene privind supravegherea suspendării condiționate sau a liberării condiționate; Recomandarea Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (80) 11 din 12 iunie 1980 privind privarea de libertate în timpul procesului; Recomandarea Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (92) 16 adoptată la 19 octombrie 1992 privind sancțiuni și măsuri în comunitate; Recomandarea Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (99) 22 din 30 septembrie 1999 privind suprapopularea și creșterea populației în penitenciare; Recomandarea Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (2000) 22 din 29 noiembrie 2000 privind sancțiuni și măsuri în comunitate; Recomandarea Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (2003) 22 din 24 septembrie 2003 privind liberarea condiționată și cauțiunea; Recomandarea Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (2003) 23 din 9 octombrie 2003 privind detențiunea pe viață și închisoare de lungă durată; Recomandarea Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (2006) 2 din 11 ianuarie 2006 privind reguli europene pentru penitenciare; Recomandarea Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (2010) 1 din 20 ianuarie 2010 privind reguli europene pentru probațiune; Rezoluția Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (70) 1 din 26 ianuarie 1970 privind suspendarea condiționată sau liberarea condiționată a deținuților; Rezoluția Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (76) 2 din 17 februarie 1976 privind condamnării la pedeapsa cu închisoare pe termen lung; Rezoluția Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei nr. (76) 10 din 9 martie 1976 privind măsuri penale alternative la pedeapsa închisorii.

Aceste documente internaționale au folosit legiuitorului român pentru reglementarea prevederilor referitoare la pedeapsa amenzii (art. 61-64), renunțarea la aplicarea pedepsei (art. 80-82), amânarea aplicării pedepsei (art. 83-90), suspendarea executării pedepsei sub supraveghere (art. 91-98) și liberarea condiționată (art. 99-106).

6. Convenția Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale organizate din 15 noiembrie 2000 (Palermo), ratificată de România prin Legea nr. 565/2002¹³; Convenția Națiunilor Unite împotriva corupției adoptată la 31 octombrie 2003 (New York), ratificată de România prin Legea nr. 365/2004¹⁴; Recomandarea Consiliului Europei nr. R(88)2 din 18 ianuarie 1988 cu privire la măsurile de combatere a pirateriei în domeniul dreptului de autor și al drepturilor conexe; Convenția Consiliului Europei adoptată la Strasbourg în 4 noiembrie 1998 pentru protecția mediului prin mijloace de drept penal; Convenția Consiliului Europei privind corupția adoptată la Strasbourg în 26 ianuarie 1999, ratificată de România prin Legea nr. 27/2002¹⁵; Rezoluția Consiliului Europei nr. (99)5 din 1 mai 1999 privind participarea unui grup de state în lupta împotriva corupției (GRECO), aprobată prin O.G. nr. 46/1999¹⁶; Convenția Organizației pentru Cooperare și Dezvoltarea Economică (OCDE) privind lupta împotriva corupției agenților publici în tranzacțiile comerciale internaționale, adoptată la 21 noiembrie 1997 și intrată în vigoare la 15 februarie 1999; Al doilea protocol elaborat la 19 iunie 1997 de Comisia Europeană, în temeiul art. K.3 din Tratatul privind Uniunea Europeană, la Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene; Decizia nr. 2008/40/JAI a Consiliului Europei din 6 decembrie 2007 privind aderarea Bulgariei și României la Convenția elaborată în temeiul art. K.3 din Tratatul privind Uniunea Europeană, privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene, la Protocolul din 27 septembrie 1996, la Protocolul din 29 noiembrie 1996 și la cel de-al doilea Protocol din 19 iunie 1997¹⁷; Acțiunea comună adoptată de Consiliul Uniunii Europene la 21 decembrie 1998 referitoare la incriminarea participării la o organizație criminală, în cadrul statelor membre ale Uniunii Europene¹⁸; Acțiunea comună adoptată de Consiliul Uniunii Europene la 22 decembrie 1998 referitoare la incriminarea corupției în sectorul privat, pentru statele membre ale Uniunii Europene¹⁹; Directiva Uniunii Europene nr. 2011/36/UE din 5 aprilie 2011 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane și protejarea victimelor acestora, precum și de înlocuire a Deciziei-cadru nr. 2002/629/JAI a Consiliului; Directiva Uniunii Europene nr. 2011/92/UE din 17 decembrie 2011 privind combaterea abuzului sexual asupra copiilor, a exploatării sexuale a copiilor și a pornografiei infantile și de înlocuire a Deciziei-cadru 2004/68/JAI a Consiliului.

Instrumentele internaționale menționate au inspirat pe autorii noului Cod penal român în redactarea Titlului VI din Partea generală, intitulat „Răspunderea penală a persoanei juridice”, Capitolul I – Dispoziții generale (art. 135-137), Capitolul II – Răspunderea pedepselor complementare aplicate persoanei juridice (art. 138-145), Capitolul III – Dispoziții comune (art. 147-151).

7. Convenția ONU asupra imprescriptibilității crimelor de război și a crimelor contra umanității, adoptată prin rezoluția nr. 2391 (XXIII) din 26 noiembrie 1968, intrată în

¹³ Publicată în M. Of. nr. 813 din 8 noiembrie 2002.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 903 din 5 octombrie 2004.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 65 din 30 ianuarie 2002.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 401 din 24 august 1999.

¹⁷ Publicată în JOUE nr. L 9 din 12 ianuarie 2008.

¹⁸ Publicată în JOUE nr. L 351 din 29 decembrie 1998.

¹⁹ Publicată în JOUE nr. L 358 din 31 decembrie 1998.

vigoare la 11 noiembrie 1970, ratificată de România prin Decretul nr. 547 din 29 iulie 1969²⁰; Convenția europeană a Consiliului Europei privind imprescriptibilitatea crimelor împotriva umanității și a crimelor de război, adoptată la Strasbourg la 25 ianuarie 1974.

Aceste acte juridice internaționale au determinat legiuitorul român în reglementarea art. 153 C. pen. privind prescripția răspunderii penale. Astfel, art. 153 alin. (2) prevede că prescripția nu înlătură răspunderea penală în cazul infracțiunilor de genocid, contra umanității și de război, indiferent de data când au fost comise, precum și în cazul infracțiunilor de omor, omor calificat și al celor intenționate urmate de moartea victimei.

8. Convenția Consiliului Europei pentru protecția copiilor împotriva exploatării sexuale și a abuzurilor sexuale, adoptată la Lanzarote la 25 octombrie 2007 și semnată de România la 25 octombrie 2007; Directiva 2011/92/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 decembrie 2011 privind combaterea abuzului sexual asupra copiilor, a exploatării sexuale a copiilor și a pornografiei infantile și de înlocuire a Deciziei-cadru 2004/68/JAI a Consiliului; Protocolul facultativ la Convenția Națiunilor Unite cu privire la drepturile copilului, referitor la vânzarea de copii, prostituția copiilor și pornografia infantilă, semnat la New York la 6 septembrie 2000, ratificat de România prin Legea nr. 470/2001²¹; Convenția Națiunilor Unite cu privire la drepturile copilului adoptată de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 20 noiembrie 1989, ratificată de România prin Legea nr. 18 din 27 septembrie 1990²².

Aceste acte juridice internaționale au făcut obiectul reglementării prevederilor art. 154 alin. (4) C. pen. referitoare la termenele de prescripție a răspunderii penale, cum și ale prevederilor art. 182 C. pen., care definesc expresia „exploatarea unei persoane”.

Prezentarea, chiar parțială, a instrumentelor juridice internaționale care se reflectă în legislația penală română ne conduce la concluzia că reformarea sistemului judiciar, a legislației penale în special, nu trebuie privit într-un cadru strict național, ci într-o perspectivă mai amplă (internațională), soluțiile adoptate urmând să se înscrie într-o concepție europeană și mondială, contribuind astfel la procesul de unificare treptată, într-o primă etapă la nivelul comunității europene, iar ulterior la nivelul comunității mondiale²³. Armonizarea legislației penale române cu legislația europeană și internațională constituie un proces de lungă durată a cărui finalitate nu poate fi în prezent evaluată.

²⁰ Publicat în B. Of. nr. 83 din 30 iulie 1969.

²¹ Publicată în M. Of. nr. 601 din 25 septembrie 2001.

²² Publicată în M. Of. nr. 109 din 28 septembrie 1990, republicată în M. Of. nr. 314 din 13 iunie 2001.

²³ G. Antoniu (coord.), E. Dobrescu, T. Dianu, Gh. Stroie, T. Avrigeanu, *Reforma legislației penale*, Ed. Academiei Române, București, 2003, p. 8.

PARTICIPAREA ROMÂNIEI LA PROCESUL DE ADOPTARE A ACQUIS-ULUI ÎN DOMENIUL JUSTIȚIEI ȘI AFACERILOR INTERNE

*Delia MAGHERESCU**

Abstract:

Romanias' adhesion to the European Union on the 1st of January 2007 has opened the way of a new process, of modernity one, on the policy of adopting community acquis in the area of justice and home affairs. At present, a cycle of ten-year period is passed, we are rightfully to analyse it, to put into ballance both the achievements in the matter and the drawbacks as well. We are also in the posture to analyse the key-institutions in this area, such as: policy of getting visa, policy on migration, policy on asylum, data protection policy, fighting organised crime and corruption, judicial cooperation in criminal matters.

Keywords: *community acquis; visa policy; policy on migration; fighting organised crime*

Introducere

Împlinirea a 10 ani de la aderarea țării noastre la Uniunea Europeană, ne deschide drumul realizării unei analize, întocmirii unui bilanț, cu privire la activitatea legală și judiciară a autorităților române în materie penală. Sunt, cu această ocazie, în atenția noastră instituțiile cu impact major în dezvoltarea societății românești de la data de 1 ianuarie 2007 și evoluția acestora pe parcursul celor 10 ani, care au trecut de la acest eveniment.

Este adevărat, faptul că acesta reprezintă un *momentum* în ceea ce privește efectele juridice produse ca urmare a adoptării unor instituții juridice noi de drept penal și drept procesual penal, precum și a adaptării acestora la realitățile vieții socio-juridice din țara noastră, pe de-o parte, și de adaptare a instituțiilor juridice autohtone la acquis-ul comunitar, pe de altă parte. A fost un proces lung și uneori anevoios, la care și-au adus contribuția toate instituțiile publice și factorii decizionali din țara noastră, atât judiciari, executivi și legislativi, deopotrivă.

Dincolo de aceste contribuții, factorul legislativ, cel executiv și cel judiciar laolaltă au depus eforturi în vederea armonizării legislației interne la cea comunitară, ca urmare a semnării, de către România, a tratatului de preaderare la Uniunea Europeană¹. Practic, acest proces a început cu mult înainte de data aderării la Uniunea Europeană, aceasta deoarece, țării noastre, ca de altfel tuturor țărilor candidate în vederea aderării la uniune, i s-a impus respectarea unor condiții, printre care și acelea referitoare la adaptarea legislației interne la cea comunitară.

* Dr. în drept, Avocat, Baroul Gorj; e-mail: delia_magherescu@yahoo.com

¹ Tratatul de asociere a României la Uniunea Europeană a fost semnat în anul 1993. La data de 25 aprilie 2005 a fost semnat la Luxemburg Tratatul de aderare, care a fost ratificat prin Legea nr. 157/2005, publicată în M. Of. nr. 465 din 1 iunie 2005.

În prezenta lucrare, se va face referire exclusiv la rezultatele înregistrate de autoritățile de la București în domeniul justiției penale și afacerilor interne. Se vor avea în vedere realitățile vieții socio-juridice și legislative de la momentul aderării acestei țări la Uniunea Europeană și progresele înregistrate de autoritățile române în procesul de armonizare a legislației interne la cea europeană.

Acest studiu și-a focalizat atenția asupra celor mai importante sectoare de activitate în acest domeniu de interes, cu precădere asupra politicii în domeniul vizelor, controlului la frontieră, cu atât mai mult cu cât este știut faptul că țara noastră stabilește frontiera de Est a Uniunii Europene, a politicii în domeniul migrației, celor legate de azil, cooperării polițienești în domeniul luptei împotriva criminalității organizate, luptei împotriva fraudei și corupției, luptei împotriva spălării banilor, a traficului de orice fel, precum și cooperării judiciare în materie penală.

1. Adoptarea acquis-ului comunitar: premise și necesități

„Tratatul de la Roma nu a construit Europa într-o zi, ci mai curând i-a oferit capacitatea de a face față unor provocări noi, imprevizibile și constante. Astăzi, într-o lume globalizată și în permanentă schimbare, Uniunea extinsă are datoria de a juca un rol pe măsura responsabilităților și a ambițiilor sale”². Așa începea comisarul european pentru comerț, Peter Mandelson, discursul la deschiderea volumului publicat de John Harper Publishing în anul 2006.

Realitățile Tratatului de la Roma au deschis și pentru țara noastră un drum nou, care avea să fie unul de lungă durată în procesul de armonizare a legislației interne la acquis-ul comunitar. Este vorba despre premisele aderării României la Uniunea Europeană. Dar, după cum s-a afirmat, procesul este unul de durată, așa cum acesta nu a presupus construirea Europei într-o perioadă scurtă de timp.

În vederea acționării pe această direcție de activitate, o problemă importantă a avut-o cheștiunea legitimării actelor și faptelor, la care autoritățile române s-au angajat în cadrul acestui proces. Această cheștiune a fost deschisă prin semnarea, de către țara noastră, a tratatului de pre-aderare la Uniunea europeană, tratat care avea să aducă în lumina acestor necesități, problemele europene în concordanță cu cele naționale. Altfel spus, România avea să excedă cadrului național și, în concordanță cu tratatele uniunii, să pună bazele unui cadru legislativ nou, care să aducă rezultatele așteptate la Bruxelles.

Așadar, într-un cadru legislativ acceptat de către autoritățile române, încă dinainte de 1 ianuarie 2007, România a statuat în legea fundamentală un principiu de bază pentru ordinea juridică internă. Astfel, este prevăzut „Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare”³. În acest fel, problema legitimității acțiunilor autorităților interne de modificare a cadrului legislativ în perioada de pre-aderare a României la Uniunea Europeană este una evidentă. Mai mult decât atât,

² Spence D., Edwards G., *Comisia Europeană*, Ed. Monitorul Oficial R.A., București, 2008, pp. 1-2.

³ Art. 148 alin. (2) din Constituția României, adoptată prin Legea de revizuire nr. 429/2003, publicată în M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003. La alineatul următor este reglementat că: „Prevederile alin. (1) și (2) se aplică, în mod corespunzător, și pentru aderarea la actele de revizuire a tratatelor constitutive ale Uniunii Europene”.

această legitimitate a venit pe fundalul voinței populare, exprimată prin referendumul organizat în anul 2003.

Odată determinată chestiunea legitimității procesului de adoptare a *acquis*-ului comunitar în legislația internă, este configurat cadrul juridic privind premisele în acest domeniu. Este adevărat, că toți factorii de decizie de la București și-au dat concursul în realizarea acestui deziderat, însă, rolul principal a fost jucat, în această materie, de factorul legislativ. Acesta a transcendat rolului normativ, în calitate de gardian al întregului proces de adoptare a *acquis*-ului comunitar și al tratatelor constitutive.

Modificările de ordin legislativ au atribuit roluri diverse unor instituții publice, care vor fi analizate în secțiunile următoare ale prezentei lucrări.

Pe de altă parte, din punctul de vedere al aspectelor legislative, relația instituțiilor Uniunii Europene cu statele membre, inclusiv cu România, este una complexă⁴. Spre exemplu, rolul Comisiei Europene a fost acela de a dezvolta politica legislativă în plan european, iar statelor membre le-a revenit atributul colateral de a implementa legislația europeană în plan intern. Din aceste considerente, încă de la începutul procesului de armonizare a legislației naționale la cea comunitară, România a luat în calcul modul în care se va face față caracterului eterogen al intereselor și obiectivelor acestei țări, în calitate sa de stat candidat la Uniunea Europeană⁵.

Un singur aspect de ordin politic a suscitat interes pentru oficialii europeni. Este vorba despre diversitatea, care caracteriza bagajul legislativ al țărilor care urmau să adere la uniune, astfel că, fiecare val de aderare a prezentat particularitățile sale în materie de tehnică legislativă. Acest aspect a caracterizat și procesul de integrare a țării noastre la Uniunea Europeană. Un răspuns pozitiv a venit chiar din partea Comisiei Europene, care a statuat că ea înseși este fondată pe principiul diversității, aceasta caracterizându-se, printre altele, pe multiple diferențe interne⁶.

2. România în perioada postaderare și noua ordine internă

Crearea premisei aderării României la Uniunea Europeană nu doar că a deschis un capitol nou în procesul de integrare europeană, dar, mai mult decât atât, a arătat că este nevoie de o nouă ordine internă, ca parte a ordinii juridice europene.

În această direcție, ordinea juridică internă s-a realizat gradual, într-un timp relativ scurt, care a permis legislativului de la București să transpună, pe de-o parte, directivele europene în legislația internă, iar, pe de altă parte, să adopte actele normative noi în concordanță cu actele emise la Bruxelles.

Procesul vast de integrare a României în Uniunea Europeană s-a realizat pe mai multe paliere, funcție de interesele comune stabilite de partenerii europeni. Între acestea, cel care interesează studiul de față este acela ce vizează *acquis*-ul în domeniul justiției penale și afacerilor interne.

2.1. Procesul de adoptare a *acquis*-ului în domeniul vizelor

Înainte de a discuta despre conținutul politicii procesului de adoptare a *acquis*-ului în domeniul vizelor, trebuie precizat faptul că temeiul juridic al constituirii spațiului de

⁴ Spence D., Edwards G., *op. cit.*, pp. 9-10.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

justiție și cooperare, ca spațiu comun, a fost statuat de dispozițiile Titlului VI al Tratatului de la Maastricht. De asemenea, ulterior și Tratatul de la Amsterdam a avut ca obiectiv reorganizarea cooperării în acest domeniu. Scopul principal a fost acela al creării unui spațiu de liberă circulație, securitate și justiție pentru toți cetățenii uniunii.

Dar, acest principiu nu putea să devină realitate decât într-o uniune sigură, cu frontiere sigure, pe de-o parte, și cu ridicarea oricăror restricții privind frontierele interne, pe de altă parte. Acest lucru presupune libera circulație a persoanelor, a capitalurilor și a serviciilor pe întreg spațiul Uniunii Europene, fără restricții privind vizele pentru cetățenii europeni.

O problemă oarecum dificilă, în privința liberei circulații a cetățenilor români pe teritoriul Uniunii Europene, a ridicat-o semnarea, la data de 14 iunie 1985 a Acordului Schengen și la data de 19 iunie 1990 a Convenției de Implementare a acordului Schengen. Acordul a avut ca principiu de bază desființarea treptată a frontierelor interne între statele membre ale Uniunii Europene și realizarea unui regim de liberă circulație între aceste frontiere. Din acest considerent, acordul, convenția și celelalte acte normative, adoptate la nivel european, referitor la acest aspect al liberei circulații în spațiul comunitar, semnate de statele membre, au format *acquis-ul Schengen*. Cu toate acestea, sunt state membre care nu au semnat această convenție, așa cum sunt state nemembre, care au aderat la aceasta⁷. Este un paradox, dacă poate fi numit așa, referitor la condiția juridică de a fi stat membru, dar de a nu fi stat semnatar al Convenției și Acordului Schengen.

Aceste acte normative stabilesc țările ai căror cetățeni au nevoie de viză pentru a intra în spațiul comunitar.

România a realizat politica de armonizare legislativă în domeniul vizelor, astfel că aceasta cuprinde și lista țărilor ai căror resortisanți au nevoie de viză, în special ai celor care prezintă tendințe însemnate de migrare. Pe de altă parte, legislația internă a reglementat procedura vizei de tranzit, care se realizează pe aeroporturile internaționale din România, ca parte a *acquis-ului Justiției și Afacerilor Interne* din anul 1996.

În aceeași ordine de idei, mai trebuie specificat faptul că revine Ministerului Afacerilor Externe și Ministerului Administrației și Internelor obligația de a realiza capacitatea administrativă de implementare a politicii în domeniul vizelor.

2.2. Politica de adoptare a *acquis-ului* în domeniul controlului frontierei

Dacă în ceea ce privește politica vizelor, Acordul Schengen este documentul care formează, împreună cu celelalte acte normative, *acquis-ul comunitar* în materie, referitor la controlul frontierelor politica este una mai complicată, decât în cazul altor state membre ale Uniunii Europene. Aceasta, deoarece țara noastră, dincolo de statutul de a fi membru cu drepturi depline al uniunii, prezintă o specificitate, constând în aceea de a forma frontiera externă a Uniunii Europene. Acest aspect creează o sensibilitate aparte pentru țara noastră și, din acest considerent, politica controalelor la frontieră este una riguroasă.

⁷ Este vorba despre Elveția, care, deși nu este un stat membru al Uniunii Europene, se bucură de statutul de stat semnatar al Convenției Schengen, bucurându-se de toate consecințele juridice care decurg de aici. De asemenea, Islanda și Norvegia, fără a fi state membre ale Uniunii Europene, sunt parte a Convenției Schengen, semnând acest acord încă din anul 1999.

Procesul de armonizare legislativă în privința controalelor la frontiera externă a Uniunii Europene a început, de asemenea, înainte de data aderării⁸. Pentru prima dată, noul cadru legal în materie a reglementat noțiunea de „frontieră externă” a Uniunii Europene, în acest mod realizându-se primul pas în adoptarea acquis-ului comunitar. Au fost ulterior adoptate în legislația internă acte normative, care reglementează controlul la frontieră, noțiunea de trecere ilegală a frontierei, precum și criminalitatea transfrontalieră.

Cât privește capacitatea administrativă, de care dispune România, aceasta se bazează pe o infrastructură capabilă să asigure implementarea legislației în domeniul controlului frontierei. Aceasta presupune, pe de-o parte, cooperarea cu statele membre vecine, precum Bulgaria și Ungaria, iar, pe de altă parte, cooperarea cu statele vecine nemembre, Serbia, Ucraina și Republica Moldova.

Situația este cu atât mai complicată, cu cât teritoriul țării noastre reprezintă un coridor de tranzit, preferat de grupările în activitățile de imigrație clandestină dinspre Estul Europei și Asia către țările din Vestul continentului⁹.

2.3. Politica de adoptare a acquis-ului în domeniul migrației

Așa cum am învederat la secțiunea anterioară, există o legătură strânsă între politica de adoptare a acquis-ului în domeniul controlului frontierelor și politica de adoptare a acquis-ului în domeniul migrației. Această situație a impus țării noastre adoptarea unui set de măsuri care să sporească nu doar controlul la frontierele externe ale Uniunii Europene, cât și cele de natură să combată căsătoriile de conveniență, să asigure procedurile de returnare a migranților către țările de origine, precum și de a limita accesul cetățenilor statelor terțe pe piața muncii. Toate aceste măsuri trebuie privite ca instrumente menite să asigure adoptarea acquis-ului comunitar în domeniul migrației și, implicit, să armonizeze legislația internă cu cea comunitară.

În altă ordine de idei, țara noastră a depus eforturi în vederea încheierii unor acorduri în materie de migrație cu guvernele statelor membre, cu unele state candidate, dar și cu o serie de state terțe, precum Elveția și Republica Moldova. Tot în vederea armonizării legislației naționale cu cea comunitară și a alinierii acesteia la recomandările și directivele Uniunii Europene, țara noastră a încheiat acorduri de readmisie cu câteva state membre, precum Suedia, Ungaria, Slovenia, Belgia, Luxemburg, Olanda¹⁰. Ceea ce trebuie știut este faptul că, în îndeplinirea acestor îndatoriri, țara noastră a ținut cont de Convenția privind protecția drepturilor omului și a libertăților fundamentale din anul 1950 și de Convenția privind statutul refugiaților din anul 1951.

În ciuda acestor eforturi, făcute de România în perioada dinaintea aderării și după aderarea la Uniunea Europeană, situația politică de pe scena internațională din ultimii ani a arătat, că este nevoie de programe sociale, economice și militare, care să fie aplicate în

⁸ Cadrul legislativ în ceea ce privește frontiera de stat a României a fost modificat în anul 2001, când a fost adoptată O.U.G. nr. 104/2001 privind organizarea și funcționarea Poliției de Frontieră. De asemenea, regimul juridic în această materie a fost modificat prin adoptarea, în același an, a O.U.G. nr. 105/2001, care a reglementat instrumentele juridice de protecție a datelor cu caracter personal, precum și sistemul de informare la frontiera României.

⁹ Magherescu D., *The danger of organized crime development in the East of Europe and its movement from East to West*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruna, nr. 13/2009, pp. 404-408.

¹⁰ H.G. nr. 825/1995, publicată în M. Of. nr. 241 din 20 octombrie 1995.

state terțe, acolo unde există conflicte armate serioase, care pun în pericol securitatea cetățenilor. Amenințările grupărilor teroriste, de asemenea, sunt cele care generează un val masiv de imigrație a cetățenilor statelor vizate către țările din Vestul Europei.

Nu în ultimul rând, politica de adoptare a *acquis-ului* în domeniul migrației este în strânsă legătură cu problemele legate de acordare a azilului și de politica protecției datelor cu caracter personal, față de care România a adoptat legislația aferentă fiecărui domeniu și, în felul acesta, a realizat armonizarea structurilor bazelor de date cu prevederile Convenției europene privind protecția datelor cu caracter personal.

3. Cooperarea judiciară și lupta împotriva criminalității organizate

În vederea armonizării legislației interne cu *acquis-ul* comunitar, autoritățile române au depus eforturi uriașe, care, ca și în cazul celorlalte domenii de interes, au dus la realizarea capacității administrative de implementare a normelor și de implementare a programelor în acest sens.

Cooperarea judiciară în materie penală este un domeniu de mare interes, care a fost ținut în prim-planul atenției autorităților de la Bruxelles și, prin legislația adoptată în ultimii ani, s-a reușit elaborarea unor instrumente, care au venit să întărească capacitatea de apărare a frontierelor uniunii, pe de-o parte, și să asigure buna funcționare a instituțiilor judiciare din cadrul statelor membre, pe de altă parte. În acest sens, mandatul european de arestare este un bun exemplu pentru buna cooperare a statelor membre în cauzele penale, acolo unde făptuitorul, care a săvârșit o infracțiune pe teritoriul unui stat membru, se află pe teritoriul altui stat membru și, din acest motiv, mandatul de arestare trebuie dus la îndeplinire de autoritățile judiciare ale statului solicitat. Acest parteneriat are avantajul de a pune în executare mandatul de arestare într-un termen foarte scurt, fără îndeplinirea altor formalități.

3.1. Armonizarea legislativă în domeniul luptei împotriva criminalității organizate

Lupta împotriva criminalității organizate a fost, într-un fel spus, dublată de armonizarea legislativă în ceea ce privește cooperarea polițienească. Din acest considerent, orice discuție referitoare la adoptarea *acquis-ului* comunitar în domeniul luptei împotriva criminalității organizate, fără a lua în considerare înregistrările făcute de autorități în privința cooperării polițienești, ar fi fără însemnătate. Altfel spus, aceasta ar fi lipsită de finalitatea pentru care s-au dispus măsurile cele mai însemnate.

Așadar, prevederile legislative referitoare la organizarea și funcționarea Poliției Române au excedat cadrul național și au fost coroborate cu cele europene în materie penală. Instituțiile fundamentale în ceea ce privește ordinea și siguranța cetățenilor, ocrotirea drepturilor și libertăților acestora, precum și asigurarea climatului favorabil în cadrul frontierelor naționale, funcționează și au competență în ceea ce privește cooperarea cu structurile de poliție similare din celelalte state membre ale Uniunii Europene. Europol apare, în această configurație, drept un for supranațional, care, între alte atribuții specifice, are menirea de a veghea la buna desfășurare a actului administrativ de poliție și judiciar de politică penală de către structurile competente ale statelor membre ale uniunii¹¹.

¹¹ Europol a devenit o agenție a Uniunii Europene în baza adoptării Convenției de la Lisabona, care la Titlul V art. 88 a reglementat Zona de Libertate, Securitate și Justiție. Convenția privind Europol a fost adoptată în octombrie 1998 și ratificată de 15 state membre în anul 1999.

La momentul actual, țara noastră este parte a tuturor instrumentelor judiciare în materie penală adoptate la nivelul Uniunii Europene, atât în ceea ce privește cooperarea polițienească în materie penală, cât și în ceea ce privește cooperarea judiciară¹².

Mai mult decât atât, prevederile acquis-ului comunitar în materie de cooperare judiciară permite oficialilor să încheie protocoale de colaborare cu parteneri din statele nemembre. Un accent deosebit de important s-a pus pe parteneriatele privind lupta împotriva traficului de droguri, a traficului de arme și de ființe umane. De asemenea, combaterea terorismului și lupta împotriva grupărilor teroriste a fost și este ținută în atenția autorităților, care au adoptat cadrul legal favorabil în acest sens¹³. Modificările legislative, care s-au succedat de-a lungul timpului, de la aderare până în prezent, au culminat cu adoptarea Noului Cod penal¹⁴.

3.2. Capacitatea administrativă

Odată ce armonizarea legislativă a fost efectuată, eficiența luptei împotriva criminalității organizate și a terorismului este dată de capacitatea României de a implementa toate măsurile adoptate prin pachetul de acte normative. Astfel, au fost create o serie de autorități, care funcționează alături de cele tradiționale, de pe lângă Ministerul Administrației și Internelor și instanțele de judecată.

Funcționează, în cadrul Ministerului Administrației și Internelor, o direcție generală de combatere a criminalității organizate și o direcție de combatere a infracționalității transfrontaliere. De asemenea, în cadrul Parchetului General, funcționează un Departament Național Anticorupție și o Direcție de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism.

Convențiile ratificate de România, în aceeași direcție de activitate, au făcut ca țara noastră să se situeze la un nivel ridicat de siguranță în rândul statelor membre¹⁵.

Concluzii

Dincolo de toate aceste convenții și acorduri de parteneriat, încheiate de țara noastră cu celelalte state membre, în calitate de stat având drepturi depline în cadrul Uniunii Europene, sunt totuși unele obiective, pe care țara noastră urmează să le îndeplinească în perioada următoare de timp. Este vorba despre încheierea Acordului Schengen și a convenției instituite, care permite cetățenilor acestei țări să se bucure de drepturi depline în spațiul comunitar.

¹² România este membru al Centrului Regional pentru combaterea criminalității organizate (SECI) cu sediul la București, este parte a Acordului de cooperare în vederea combaterii criminalității organizate în procesul de cooperare al Mării Negre, membru al Eurojust, Frontex, Centrului European privind Decizia și Controlul (ECDC), Oficiului European Antifraudă, Centrului European de Monitorizare a Drogurilor, Agenției Uniunii Europene pentru Securitatea Informației. Un statut special îl are în cadrul cooperării în calitate de membru al Interpol.

¹³ Legea nr. 535 din 25 noiembrie 2004 privind prevenirea și combaterea terorismului, publicată în M. Of. nr. 1161 din 8 decembrie 2004.

¹⁴ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în M. Of., nr. 510 din 24 iulie 2009, intrată în vigoare la 1 februarie 2014.

¹⁵ Convenția Europeană de extrădare din 1957, Convenția Europeană de asistență judiciară în materie penală din anul 1959, Convenția europeană privind transferul procedurilor în materie penală din 1972, Convenția privind transferul persoanelor condamnate din 1983, Convenția europeană privind combaterea terorismului etc.

La momentul actual există unele restricții privind acești cetățeni, restricții care se concretizează în restrângerea dreptului acestora la libera circulație în spațiul european.

De asemenea, instanțele de judecată române au dreptul să formuleze întrebări preliminare Curții de Justiție a Uniunii Europene, dacă sunt neclare prevederile europene și pentru a asigura interpretarea unitară a acestora. Astfel că se asigură, în felul acesta, o aplicare uniformă a dispozițiilor europene în cauzele aflate pe rolul instanțelor de judecată naționale.

Cu toate acestea, Tratatul instituind comunitățile europene prevede, la art. 18, că *„orice cetățean al uniunii are dreptul de liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre, sub rezerva limitărilor și condițiilor prevăzute de prezentul tratat și de dispozițiile adoptate în vederea aplicării sale”*. Aceste excepții se referă la cetățenii români și bulgari, cărora le-au fost impuse aceste restricții, încă din tratatul de aderare la Uniunea Europeană, unde în Anexa VII sunt reglementate dispoziții derogatorii de la normele tratatului.

În acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat, în repetate rânduri, că cetățenilor români nu li se poate restrânge dreptul de liberă circulație a persoanelor pentru activități care nu au legătură cu dreptul comunitar, ci au legătură cu elementele unui singur stat.

Totodată, și Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene reglementează același principiu cu privire la libera circulație a cetățenilor în cadrul uniunii, dar cu restricțiile impuse acestora prin tratatele și celelalte acte normative adoptate de instituțiile Uniunii Europene.

PROTECȚIA DATELOR CU CARACTER PERSONAL ȘI RESPECTAREA DREPTULUI LA VIAȚĂ PRIVATĂ, ÎN CONTEXTUL GARANTĂRII DREPTULUI LA INFORMAȚIE ȘI A LIBERTĂȚII DE EXPRIMARE

*Alina V. POPESCU**

Abstract:

The evolution of the democratic society of Romania, after the year 1989, has known significant progress, primarily in terms of a modernization of the legislation and its adaptation to European and international standards. The adherence of our country to the European Union implied meeting clear requirements, among which a harmonization of the internal regulatory framework with the Community acquis, the non-fulfillment of undertaken obligations being able to endanger the actual acceptance of Romania in the great European family. For the Romanian legislative system, the adherence to the EU signified its reestablishment on democratic bases, in the sense of an outmost respect for fundamental rights and freedoms.

Consequently, Romanian law has evolved in line with European law, European regulations being applied in Romania and the decisions applied by adopting conformity legislation. There have been cases in which the translation of European legislation was delayed, such as the case of Directive 95/46/EC of the European Parliament and Council dated October 24th, 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. However, there was an accomplishment with regards to ensuring the protection of personal data and of the right to intimacy, by adopting provisions conforming to European legislation.

On the other hand, we must consider that democracy is not merely a sum of individual rights, but that it should constitute an inter-relational system, in which the rights of a person can suffer limitations in view of ensuring the rights and freedoms of other parties. For instance, with regards to the right to information and freedom of speech, in explicit cases where limits are imposed by the law, there is a restriction meant to protect, among others, personal data and the private lives of citizens.

Keywords: *protection of personal data, right to a private life, the right to information, freedom of speech*

1. CONSIDERAȚII GENERALE

Atunci când ne referim la garanțiile și limitările oferite de legislație dreptului la informație și libertății de exprimare, trebuie să avem în vedere că, într-un regim juridic de sorginte democratică, statul are obligația de a păstra deschiderea către cetățean, dar și de a asigura un echilibru între protejarea drepturilor la libertăților fundamentale și asigurarea securității naționale, ordinii publice.

* Doctorand, Academia de Studii Economice, București, email: avpalina_16@yahoo.com

Unul dintre principiile de bază, recunoscut de legislația română în vigoare¹ este acela că cetățenilor li se garantează accesul liber și neîngrădit, la orice informații de interes public.

Totodată, legislația în vigoare, în materia protecției datelor cu caracter personal², garantează și protejează drepturile și libertățile fundamentale ale persoanelor fizice, cu referire la dreptul la viața intimă, familială și privată, cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal.

La elaborarea celor două acte normative s-a avut în vedere legislația în vigoare la nivelul Uniunii Europene și statelor membre, precum și recomandările Consiliului European.

Deși Constituția României, a prevăzut distinct, încă de la adoptare, în anul 1991, la art. 31 „Dreptul la informație”, o lege specială care să reglementeze accesul liber al cetățenilor la informațiile de interes public a fost adoptată abia în anul 2001, dar, intrarea ei în vigoare, a condus la formularea unor opinii favorabile în Raportul Periodic al Comisiei Europene asupra progreselor înregistrate de România în vederea aderării la UE, din anul 2004³.

Și în materia protecției datelor cu caracter personal, legea a fost adoptată cu întârziere, chiar în expunerea de motive fiind menționată depășirea termenelor la care trebuia transpusă în legislația națională Directiva⁴ 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date. În practică, neadoptarea la timp a acestor categorii de acte normative reprezenta un impediment pentru România de a încheia negocierile de aderare la Uniunea Europeană.

Evoluția societății în ansamblu, precum și a tehnologiei informației, a creat premisele ca datele cu caracter personal ale indivizilor să fie prelucrate de un mare număr de operatori, statali sau din mediul privat, concomitent cu creșterea vulnerabilităților privind accesul neautorizat la aceste date. În mediul on line, informațiile individuale sunt furnizate de utilizatori, însă, de multe ori, operatorii datelor cu caracter personal le folosesc pentru a crea profiluri ale utilizatorilor ori pentru a le monitoriza accesul.

Protecția trebuie să vizeze nu doar spațiul virtual, ci și celelalte medii, iar garantarea drepturilor cetățenilor la viață privată și la protecția datelor cu caracter personal trebuie să fie făcută de actorii statali, prin acte normative interne care să asigure un cadru democratic de exercitare a drepturilor și libertăților fundamentale. „Libertatea totală de acțiune nu este doar o utopie, este un pericol public”⁵, iar principiul are aplicabilitate și în domeniul la care fac referire, neputând fi acceptabil accesul neîngrădit la informații personale.

¹ Legea nr. 544 din 12 octombrie 2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, art. 1.

² Legea nr. 677 din 21 noiembrie 2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date.

³ „Legislația românească privind accesul la informația cu caracter public, adoptată în 2001, se dovedește a fi un mecanism important pentru promovarea răspunderii publice.”, p. 26, http://www.anr.gov.ro/docs/rapoarte/Raport_periodic_asupra_progreselor_inregistrate_de_Romania_2004_182.pdf

⁴ <http://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=44>

⁵ Allais Maurice, *Quelques réflexions sur la Contrainte et la Liberté*. In: Revue française de science politique, 2^e année, n°2, 1952. pp. 356-373; doi: 10.3406/rfsp.1952.392142, http://www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1952_num_2_2_392142, p. 364.

Statele membre ale Consiliului Europei au adoptat Convenția pentru protejarea persoanelor față de prelucrarea automatizată a datelor cu caracter personal, nr. 108, aprobată la Strasbourg la 28 ianuarie 1981 și intrată în vigoare la 1 octombrie 1985⁶. Nevoia adoptării unei asemenea Convenții rezidă din „necesitatea concilierii valorilor fundamentale de respectare a vieții particulare și de liberă circulație a informațiilor între popoare”, respectiv a dreptului la informație, fără granițe, cu protecția drepturilor și libertăților fundamentale pentru fiecare, în special dreptul la respectarea vieții private.

2. PROTECȚIA DATELOR CU CARACTER PERSONAL

În ceea ce privește domeniul protecției datelor cu caracter personal, odată cu ratificarea Convenției pentru protejarea persoanelor față de prelucrarea automatizată a datelor cu caracter personal, nr. 108, România a formulat declarații, în sensul că prevederile convenției nu se aplică prelucrărilor de date cu caracter personal care fac parte dintr-un sistem de evidență, atunci când sunt efectuate în cadrul activităților din domeniul apărării naționale și siguranței naționale (desfășurate în limitele și cu restricțiile stabilite de lege, când prelucrarea privește date obținute din documente accesibile publicului, conform legii) ori când prelucrările sunt efectuate de către persoanele fizice exclusiv pentru uzul lor personal (dacă datele în cauză nu sunt destinate a fi dezvăluite).

Analizând declarațiile se poate observa faptul că excepția ridicată legată de apărarea națională și de siguranța națională se circumscrie prevederilor constituționale. Astfel, Constituția României, la art. 53 prevede că se poate restrânge exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți, numai prin lege și numai dacă se impune, pentru motive bine definite, fără a aduce atingere existenței dreptului, în sine.

De asemenea, excepția referitoare la datele obținute din documente accesibile publicului este normală, deoarece, pentru informațiile care deja sunt puse la dispoziția publicului, nu se mai justifică o protecție specială. În această situație se află, în opinia mea, informațiile care au ajuns la dispoziția publicului cu respectarea dispozițiilor legale în materie, fără a aduce vreun prejudiciu persoanei ori drepturilor și libertăților sale fundamentale. În cazul în care, informațiile au devenit publice, fără respectarea prevederilor legale, opinez că devine aplicabil dreptul comun în materie, iar excepția nu mai operează, persoana prejudiciată de prelucrarea nelegală a datelor sale personale fiind îndreptățită să solicite repararea prejudiciului suferit.

Convenția stabilește, prin prevederile de la art. 3, pct. 1, egalitatea de tratament privind operatorii de date cu caracter personal, atât din sectorul public, cât și din cel privat, iar România a declarat, la momentul ratificării că prevederile se vor aplica „în egală măsură prelucrărilor de date cu caracter personal efectuate în cadrul activităților sale legitime de către o fundație, asociație sau de către orice altă organizație cu scop nelucrativ și cu specific politic, filozofic, religios sau sindical.”

De asemenea, România a extins câmpul de aplicare a prevederilor Convenției, prin declarația cu prilejul ratificării, și la datele cu caracter personal prelucrate prin alte mijloace decât cele automatizate. La momentul adoptării Legii nr. 682/2001, autoritatea națională competentă pentru supravegherea măsurilor de protecție a datelor cu caracter personal era desemnată „instituția Avocatul Poporului”. Odată cu adoptarea Legii nr. 102

⁶ România a ratificat Convenția prin Legea nr. 682 din 28 noiembrie 2001, publicată în M. Of. nr. 830 din 21 decembrie 2001.

din 03 mai 2005, privind înființarea, organizarea și funcționarea Autorității Naționale de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal, au fost modificate și prevederile art. 2, pct. 3 al Legii nr. 682/2001, în sensul că ANSPDCP a devenit autoritatea națională de supraveghere, al cărei obiectiv principal este acela de a apăra drepturile și libertățile persoanelor, în general, și dreptul la viață intimă, familială și privată, în special.

Atunci când ne referim la asigurarea unei proporționalități între protecția unor drepturi și exercițiul liber al altora, este necesar să identificăm care dintre valorile fundamentale apărute au prioritate și au garanții suficiente de protecție. Un exemplu, în acest sens, din practica juridică a Curții Constituționale, îl constituie decizia nr. 128 din 22 mai 2015⁷.

În cauza supusă controlului de constituționalitate, ne aflăm în fața unui potențial conflict între buna administrare a justiției (dreptul de a avea acces la informațiile din ședința de judecată) și protecția datelor cu caracter personal. Astfel, o instanță de judecată, a sesizat Curtea Constituțională, cu privire la prevederile art. 231 „Notele de ședință. Înregistrarea ședinței”, alin. (4), teza întâi C. pr. civ.

Instanța care a sesizat Curtea Constituțională opina că nu există suficiente garanții privind protecția datelor cu caracter personal care sunt prelucrate în procesul de înregistrare a ședințelor de judecată și aprecia că „înregistrarea electronică a ședinței de judecată face parte din categoria măsurilor Big Brother asupra cărora deja s-a pronunțat Curtea de Justiție a Uniunii Europene”. De asemenea, instanța consideră că art. 231, alin. (4), contravine prevederilor constituționale ale art. 22 alin. (1) – *Dreptul la viață și la integritate fizică și psihică*, art. 23 alin. (1) – *Libertatea individuală*, precum și art. 26 alin. (1) – *Viața intimă, familială și privată*.

De cealaltă parte, Avocatul Poporului, în punctul de vedere pe care l-a transmis Curții, a apreciat că norma legală supusă controlului reprezintă, în fapt, o garanție a unui proces corect, în care justițiabilii capătă certitudinea consemnării veridice a ședinței de judecată (respectiv informațiile consemnate sunt adevărate).

Curtea constituțională a decis, după examinarea cauzei, respingerea, ca neîntemeiată, a excepției de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 231 alin. (4) teza întâi C. pr. civ. sunt constituționale în raport cu criticile formulate. Curtea a reținut că „viața intimă, familială și privată este protejată de lege în condițiile în care se manifestă în cadrul ordinii juridice, iar nu în afara sa. Or, stocarea în mediul electronic a unor date de identificare a persoanei care participă la ședința de judecată desfășurată în fața instanței nu constituie o încălcare a drepturilor fundamentale, întrucât datele cu caracter personal obținute pe această cale sunt protejate de legea specială, respectiv Legea nr. 677/2001 și nu pot fi prelucrate decât în condițiile prevăzute de aceasta, condiții extrem de restrictive.” De asemenea, Curtea a interpretat dispozițiile legale supuse controlului de constituționalitate ca fiind o garanție a „desfășurării în condiții legale a procesului civil”, oferind posibilitatea instanțelor de control „de a verifica legalitatea măsurilor dispuse, asigurându-se, în acest mod, dreptul la un proces echitabil”. Curtea a reținut totodată că datele cu caracter personale prelucrate în cadrul acestei obligații legale a instanței, de a înregistra ședința de judecată, sunt protejate de cadrul normativ general, ele fiind prelucrate ca urmare a unei obligații legale a instanței de judecată, iar accesul la aceste informații este permis doar participanților la proces.

⁷ <https://www.ccr.ro/ccrSearch/MainSearch/SearchForm.aspx>

3. DREPTUL LA VIAȚĂ PRIVATĂ

În literatura de specialitate, s-a pus problema ierarhizării drepturilor și libertăților individuale, astfel că există opinii conform cărora „libertatea de exprimare are o poziție privilegiată, în raport cu alte libertăți”⁸, dar și opinii conform cărora trebuie păstrat un echilibru („balancing conception”) între drepturile și libertățile fundamentale, „între interesele contradictorii, în funcție de contextul economic și social”. Personal, opinez că cea de-a doua abordare, a menținerii unui echilibru între așa numitele interese contradictorii, este cea recomandată. Consider că dreptul la informație al cetățenilor trebuie să fie armonizat cu dreptul fiecărui individ la viață intimă, privată.

Când ne referim la libertate, cunoaștem că „libertate totală nu a existat niciodată și nu va exista niciodată”, făcându-se referire la diferite grade de libertate (fiind necesar un minim de constrângere pentru a putea garanta exercitarea unui alt drept) sau cum definește Maurice Allais această inter relaționare între drepturi: „un droit est toujours la violation de droits antérieurs”⁹, putând spune că exercitarea unui drept sau a unei libertăți afectează exercițiul altora. În acest punct intervine necesitatea de a armoniza interesele aparent contrare, de a menține echilibrul între aceste drepturi, pentru a reuși protejarea valorilor unanim recunoscute.

Într-o societate democratică, nu există libertăți fără constrângeri corelative, și dreptul la informație, precum și libertatea de exprimare sunt constrânse de respectarea vieții intime, private. Convenția pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale, în art. 10, a proclamat „libertatea de exprimare”, cu precizarea că aceasta „poate fi supusă unor formalități, condiții, restrângeri sau sancțiuni prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare” pentru protecția moralei, a reputației sau a drepturilor altora, printre alte obiective ce necesită protecție.

Art. 26, alin. (1) din Constituția României, adoptată în anul 1991 și republicată în anul 2003, prevede că „Autoritățile publice respectă și ocrotesc viața intimă, familială și privată”, iar art. 30, alin. (6) a consacrat principiul conform căruia „Libertatea de exprimare nu poate prejudicia demnitatea, onoarea, viața particulară a persoanei și nici dreptul la propria imagine”.

Principiul se regăsește transpus și în Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, în art. 1, fiind reiterat și la art. 5, alin. (3) și art. 7 alin. (3). Și Noul Cod Civil¹⁰ conține prevederi exprese, care consolidează protecția vieții private și în materie civilă, legiuitorul consacrand în Titlul II, Secțiunea a 3 a, „Respectul vieții private și al demnității persoanei.”

Analizând prevederile Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, putem observa că, la acea dată, autoritățile nu au considerat necesar să consacre, *expressis verbis*, în acest text de lege, garanții privind protecția vieții private, în

⁸ Weil Françoise, *L'interprétation par la Cour suprême de la liberté d'expression d'après le Ier amendement de la Constitution des Etats-Unis pendant la période maccarthyste*. In: Revue Française d'Etudes Américaines, N°52, mai 1992. La censure aux Etats-Unis. pp. 125-136; doi: 10.3406/rfea.1992.1461, http://www.persee.fr/doc/rfea_0397-7870_1992_num_52_1_1461

⁹ Allais Maurice, *Quelques réflexions sur la Contrainte et la Liberté*. In: Revue française de science politique, 2^e année, n°2, 1952. pp. 356-373; doi: 10.3406/rfsp.1952.392142, http://www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1952_num_2_2_392142, p. 360.

¹⁰ Legea nr. 287/2009, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările ulterioare.

contextul solicitării și furnizării informațiilor de interes public. Textul art. 12, privind excepțiile de la accesul liber al cetățenilor la informații, stipulează la lit. c), că se exceptează „informațiile cu privire la datele personale, în condițiile legii.”

În opinia mea, în contextul procesului de modernizare legislativă și conformare la prevederile aquis – ului comunitar, modificarea Legii nr. 544/2001 ar trebui să vizeze și includerea unor prevederi exprese privind protecția vieții intime și private, mai ales în corelare cu prevederile art. 14, alin. (1), ale aceluiași act normativ, care stipulează că „Informațiile cu privire la datele personale ale cetățeanului pot deveni informații de interes public numai în măsura în care afectează capacitatea de exercitare a unei funcții publice”. În acest sens, consider că forma actuală a textului de lege nu oferă garanții suficiente privind protejarea vieții private a persoanelor care ocupă funcții publice, conform principiului că „libertatea unora trebuie să se oprească acolo unde începe libertatea celorlalți”. În practică, sub umbrela informațiilor de „interes public” se vehiculează în mass media, informații din viața privată a persoanelor care ocupă funcții învestite cu autoritate publică, informații care, în realitate, nu au legătură „cu capacitatea de exercitare a unei funcții publice”. Opinia pe care o exprim consider poate fi susținută și de Decizia nr. 615¹¹ din 21 septembrie 2006 a Curții Constituționale.

Curtea a reținut că, deși bugetele autorităților publice și modul de cheltuire a banului public, sunt informații de interes public, iar „salariile personalului instituțiilor din sectorul bugetar sunt stabilite prin acte normative, care sunt, de asemenea, publice”, totuși „salariul concret al unei persoane, stabilit în cadrul limitelor minime și maxime prevăzute în actele normative, ținând seama de importanța muncii depuse, de contribuția adusă la realizarea sarcinilor și de situația sa personală, nu mai prezintă interes public, intrând în sfera interesului privat al persoanei.”

În acest sens, Curtea Constituțională consfințește separarea aspectelor ce țin de interes public, de viața privată a funcționarului public și interesul său privat și a decis să respingă excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 2, lit. b), art. 12 alin. (1) lit. d) și art. 14 alin. (1), coroborate cu art. 2 lit. c) din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, precum și ale art. 158 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 – Codul muncii.

4. CONCLUZII

„Informația este cheia democrației”, așa cum o denumesc Alfred Sauvy¹², însă este de reținut că dreptul la informație și libertatea de exprimare își găsesc expresia cea mai elocventă în materia informațiilor privind buna guvernare, interesul public, interesul economic și social al cetățenilor, iar viața privată a individului, trebuie să rămână dincolo de ingerințele terților, la adăpostul garanțiilor legislative.

Consider că protecția datelor cu caracter personal și a vieții private capătă o nouă dimensiune în condițiile dezvoltării comunicațiilor și tehnologiei informației, a

¹¹ Referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 2 lit. b), art. 12 alin. (1) lit. d) și art. 14 alin. (1), coroborate cu art. 2 lit. c) din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, precum și ale art. 158 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 – Codul muncii, publicată în M. Of. nr. 888 din 31 octombrie 2006.

¹² Sauvy Alfred. *L'information, clef de la démocratie*. In: Revue française de science politique, 1^{er} année, n°1-2, 1951. pp. 26-39; doi: 10.3406/rfsp.1951.392070, http://www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1951_num_1_1_392070

expansiunii spațiului virtual, context în care necesită o atenție sporită respectarea drepturilor fundamentale ale omului și, așa cum arătăm concilierea intereselor distincte pe care le presupun dreptul la informare și libertatea de exprimare, precum și protecția vieții private a unei persoane.

Internetul a devenit un spațiu public de comunicare, fără bariere, a pus capăt monopolului asupra informației, fiind o parte esențială a unei societăți democratice. Pe de altă parte, rețeaua web crește riscurile și vulnerabilitățile la care sunt expuse drepturile fundamentale și facilitează intruziunea în viața privată.

Este nevoie de un efort concertat, la nivel transnațional, pentru adoptarea unor reguli unitare în ceea ce privește utilizarea, în condiții de legalitate a datelor cu caracter personal, manipulate în spațiul virtual, având în vedere faptul că sunt operatori internaționali de internet care gestionează cele mai mari baze de date din lume și care trebuie să ofere garanții necesare și suficiente că nu vor folosi datele respective în alte scopuri decât cele pentru care le prelucrează. Tot mai des, în ultima perioadă, se poate observa că „datele cu caracter personal au fost reduse la bunuri comercializabile și sunt folosite în scopuri comerciale sau politice, fapt ce reprezintă o amenințare serioasă la protecția vieții private”¹³.

Cu toate acestea, doar reglementarea legislativă a acestor aspecte, consider că nu este suficientă, fiind necesare alte două direcții de acțiune: auto reglementarea spațiului virtual (în sensul că operatorii trebuie să își stabilească propriile reguli de protecție și garantare a respectării drepturilor fundamentale ale cetățenilor) și educarea internautilor cu privire la măsurile de autoprotecție pe care trebuie să le adopte (respectiv furnizarea a cât mai puține date cu caracter personal ori detalii ale vieții private, consultarea politicilor de confidențialitate ale operatorilor și furnizorilor de servicii web etc.).

Toate măsurile adoptate trebuie să mențină echilibrul, astfel încât și mediul virtual să rămână un spațiu al libertății de exprimare și un canal de furnizare a informațiilor, în aplicarea dreptului cetățenilor la informație corectă și veridică, dar și indivizii să se afle la adăpost de orice excese ale exercițiului celor două drepturi.

Comisia Europeană a adoptat la Bruxelles, la data de 26 august 2010, o comunicare către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, intitulată „O agendă digitală pentru Europa”¹⁴. Agenda propunea ca Europa să fie readusă „pe calea unei creșteri inteligente, durabile și incluzive” și să traseze un „parcurs, în scopul de a exploata la maximum potențialul social și economic al TIC, în special al internetului, care reprezintă un suport vital al activităților economice și sociale, fie că e vorba de afaceri, muncă, joacă, de a comunica sau a ne exprima liber”.

Printre altele, agenda viza să „clădească încrederea în mediul digital”, prin „Revizuirea cadrului de reglementare al protecției datelor cu caracter personal, în vederea consolidării încrederii și a drepturilor cetățenilor, până la sfârșitul lui 2010”, precum și publicarea, până în anul 2012 a unui Cod al drepturilor online în UE¹⁵.

¹³ Rezoluția nr. 1970 (2014) a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei privind internetul și politica: impactul noilor comunicații și tehnologiei informației asupra democrației, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805952b3>

¹⁴ [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245R\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245R(01)&from=EN)

¹⁵ Acțiunea-cheie 4 și alte acțiuni, p. 15 a Agendei, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245R\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245R(01)&from=EN)

Comisia Europeană a adoptat acest Cod, care „reunește drepturile și principiile fundamentale consacrate de legislația UE care protejează cetățenii atunci când aceștia accesează și utilizează rețelele și serviciile online”¹⁶. Codul nu conține, așadar, reglementări noi, ci își propune să faciliteze accesul utilizatorilor la cele deja existente. De asemenea, Codul nu are caracter normativ și dispozitiv, de sine stătător, dar normele pe care le cuprinde, derivă din acte normative cu putere deplină executorie.

Capitolul 4 al Secțiunii I a Codului este intitulat: „Confidențialitate, protecția datelor cu caracter personal și securitate” și reunește reglementările din domeniul protecției datelor cu caracter personal prevăzute de art. 16 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, art. 8 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, art. 6, 8 și 12 din Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date.

Codul stipulează în mod expres că „aceste drepturi se aplică, de asemenea, mediului online, în care persoanele fizice beneficiază, în plus, de drepturile” prevăzute de art. 4, 5 și 13 din Directiva 2002/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iulie 2002 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice (Directiva asupra confidențialității și comunicațiilor electronice), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2006/24/CE și Directiva 2009/136/CE. În acest cadru, sunt relevante drepturile persoanelor de a fi informate dacă „un site web stochează și recuperează informații din echipamentele lor terminale sau dorește să le urmărească atunci când navighează pe internet”, „dacă datele lor cu caracter personal deținute de furnizorul de servicii de internet au fost compromise, de exemplu, pierdute sau furate, iar confidențialitatea acestora poate fi afectată”¹⁷. De asemenea, internauții au dreptul „să beneficieze de confidențialitatea comunicațiilor lor online, cum ar fi e-mailurile” și „să nu primească comunicații comerciale nesolicitate”.

Deși, actele normative române ar putea suferi unele modificări, în sensul actualizării lor, putem concluziona că există suficiente garanții legislative, la nivel european și național, pentru protecția datelor cu caracter personal și a dreptului la viață privată, în armonie cu dreptul cetățenilor de a fi informați și libertatea lor de exprimare.

¹⁶ Codul UE al drepturilor în mediul online, p. 3, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/Code%20EU%20online%20rights%20RO%20final.pdf>

¹⁷ De altfel și SUA sunt preocupate de protecția datelor personale în mediul online, iar The Securities and Exchange Commission (SEC) a solicitat companiei Yahoo!, documente și informații suplimentare, pentru a verifica dacă investitorii și clienții companiei au fost informați în timp util despre cele două cyber atacuri, a căror victimă a căzut compania. Investigația vizează atacul asupra a 500 de milioane de conturi ale clienților Yahoo, produs în anul 2014, care a fost dezvăluit abia doi ani mai târziu, astfel că nu se poate stabili cu certitudine, modul în care au fost afectați investitorii și clienții companiei. <http://www.marketwatch.com/story/sec-said-to-be-investigating-yahoo-over-massive-data-breaches-2017-01-22>

SITUAȚIA JURIDICĂ A MINORULUI INFRACȚOR: MAI DIFICILĂ ÎN NOILE REGLEMENTĂRI PENALE?

Lorena ZIDARU*

Abstract:

The new criminal legislation that took effect was an attempt to carry out reforms which were thought to be appropriate for social realities existing in Romania and also an attempt to comply our system of criminal law with European legislation. On one hand it was an intention to apply in national criminal law regulations adopted in the European Union, on the other hand it was an objective to reconcile substantive criminal law in Romania with criminal law systems in other Member States of the European Union as a premise for judicial cooperation in criminal field based on mutual recognition and trust.

The new codes' legislature was generally concerned about multiple basic institutions of criminal law and especially about paying attention to juvenile offenders. Currently juvenile offenders can no longer be punished through penalties since the penalty system includes only educational measures for them, whether custodial or non-custodial. However, the idea that the abolition of penalties for juveniles automatically makes new criminal legislation more favorable for them than previous law provisions cannot be accepted. There are several aspects in the newly-emerged legislation that are evidence that in many cases juveniles are more disadvantaged under the new regulations than in the past, so all current provisions for juveniles must be assessed as a whole to be able to issue a conclusion.

Keywords: *juvenile justice, custodial and non-custodial measures, educational measures, Romanian criminal law, penalty system*

1. Măsuri educative în noile reglementări penale

Odată cu intrarea în vigoare a noilor reglementări penale s-a încercat realizarea unor reforme corespunzătoare realităților sociale existente în România, care să alinieze totodată sistemul nostru de drept penal la cerințele europene. Mult așteptate de practicieni, dar și comentate și explicate de teoreticieni încă din momentul în care reglementările se aflau în faza de proiect, acestea au oferit cu adevărat soluții și răspunsuri la unele dintre problemele semnalate anterior apariției lor.

Dacă legiuitorul noilor coduri s-a preocupat de multiple instituții de bază ale dreptului penal, trebuie remarcat că acesta a acordat o atenție deosebită minorilor delincvenți. Astfel, noul Cod penal a eliminat pedepsele dintre sancțiunile care puteau fi aplicate minorilor, sistemul sancționator din prezent cuprinzând exclusiv măsuri educative, fie acestea privative sau neprivative de libertate¹. Noua viziune introdusă de reglementarea penală își are corespondentul în prevederile Convenției Organizației Națiunilor Unite cu privire la drepturile copilului din 1989 potrivit căreia orice privare de

* Doctorand, Universitatea București; e-mail: lorena_lacyk@yahoo.com

¹ L. Zidaru, *Stagiul de formare civică-măsură educativă în noul Cod penal, Studii și cercetări juridice europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2015.

libertate a minorilor trebuie să fie o măsură extremă și cât mai scurtă posibil, precum și în prevederile Regulilor de la Tokyo potrivit cărora recurgerea la măsuri neprivative de libertate trebuie să se înscrie în cadrul eforturilor de depenalizare și de dezincriminare².

Prin urmare, în prezent măsurile educative care pot fi aplicate unui minor care a săvârșit o infracțiune sunt în număr de șase, respectiv patru măsuri neprivative de libertate (stagiul de formare civică, supravegherea, consemnarea la sfârșit de săptămână, asistarea zilnică) și două măsuri privative de libertate (internarea într-un centru educativ, internarea într-un centru de detenție). Criteriile pe care instanța de judecată le are în vedere atunci când optează pentru una dintre aceste măsuri sunt aceleași pe care legea le prevede pentru individualizarea unei pedepse aplicabile infractorilor majori, anume: împrejurările și modul de comitere a infracțiunilor, mijloacele folosite, starea de pericol creată pentru valoarea ocrotită, natura și gravitatea rezultatului produs sau urmărit, motivul și scopul comiterii infracțiunilor, natura și frecvența infracțiunilor care constituie antecedentele penale ale infractorului, conduita după săvârșirea infracțiunii și în cursul procesului penal, nivelul de educație, vârsta, starea de sănătate, situația familială și socială.

Plecând de la eliminarea pedepselor ca sancțiuni aplicabile pentru minori, doctrina a afirmat că noile reglementări sunt mult mai favorabile minorilor decât cele anterioare. Ideea că minorul nu mai poate fi în prezent expus unei pedepse cu închisoarea (cu executarea în regim de detenție sau nu) a fost îndeajuns de puternică pentru a justifica concluzia unui sistem cu totul mai blând pentru minorii delincvenți. Cu toate acestea, mulți teoreticieni și practicieni care au susținut acest lucru au avut în vedere exclusiv acest aspect, fără a cerceta dacă există totuși și alte instituții care privesc în mod direct sau chiar indirect minorii delincvenți și care nu le garantează acestora un tratament adaptat.

2. Eliminarea muștrării ca măsură educativă

În primul rând, avem în vedere că potrivit vechiului Cod penal, măsurile educative aplicabile minorului infractor erau muștrarea, libertatea supravegheată, internarea într-un centru de reeducare, internarea într-un institut medical-educativ. În virtutea vechiului Cod penal, regula era aceea a aplicării unei măsuri educative, iar în ipoteza în care aceasta n-ar fi fost considerată suficientă instanța urma să aplice o pedeapsă. Cea mai ușoară măsură educativă din vechiul Cod penal era muștrarea. Potrivit vechiului Cod penal, muștrarea era cea măsură educativă pe care instanța o lua față de minorul care a săvârșit o infracțiune și consta în dojenirea acestuia, în arătarea pericolului social al faptei săvârșite, sfătuindu-l să aibă o conduită bună în viitor, dovedind că s-a îndreptat, atrăgându-i totodată atenția că dacă va săvârși o nouă infracțiune se va lua față de el o măsură mai severă sau i se va aplica o pedeapsă.

Potrivit vechiului Cod de procedură penală, atunci când se lua față de minor măsura muștrării, aceasta se executa de îndată în ședința în care s-a pronunțat hotărârea, iar când din orice împrejurări măsura muștrării nu putea fi executată îndată după pronunțare se fixa un termen pentru aducerea minorului, citându-se totodată părinții ori dacă era cazul tutorele sau curatorul sau persoana în îngrijirea căreia se află minorul.

² M. Udriou, *Drept penal, Partea generală, Noul Cod Penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2014.

În noul Cod penal cea mai ușoară măsură educativă aplicabilă unui minor care a săvârșit o infracțiune este stagiul de formare civică. Din punct de vedere al conținutului, stagiul de formare civică presupune obligația minorului de a participa la un program cu o durată de cel mult 4 luni pentru a-l ajuta să înțeleagă consecințele legale și sociale la care se expune în cazul săvârșirii de infracțiuni și pentru a-l responsabiliza cu privire la comportamentul său viitor. Stagiul de formare civică este conceput astfel încât să garanteze atât o pregătire teoretică, dar și una practică, iar cursurile urmează să aibă o latură teoretică și una aplicativă care să ia forma exercițiilor, proiectelor sau aplicațiilor. În măsura în care instanța consideră că suplimentar față de măsura educativă a stagiului de formare se impune aplicarea altor obligații minorului, aceasta are posibilitatea să dispună în sensul aplicării lor.

Prin urmare, în prezent un minor care săvârșește infracțiuni și căruia i se aplică o măsură educativă poate în cel mai bun caz să urmeze un stagiul de formare civică. În cadrul stagiului de formare, care poate dura până la 4 luni de zile, minorul va trebui să urmeze mai multe cursuri în cadrul cărora va dobândi atât cunoștințe teoretice, cât și abilități practice, sub coordonarea mai multor specialiști din domeniu și a consilierului de probațiune. Scopul este acela ca minorul să înțeleagă consecințele legale și sociale la care se expune în cazul săvârșirii de infracțiuni și de a se responsabiliza cu privire la comportamentul său viitor.

De cealaltă parte, măsura muștrării constă în simpla dojană a minorului, în explicarea consecințelor faptelor sale pentru a-l determina pe acesta să își îndrepte comportamentul și să nu mai săvârșască fapte contrare legii. După cum se observă, atât muștrarea, cât și stagiul de formare civică au o finalitate similară, însă modul în care scopul măsurilor urmează a fi atins este diferit. Astfel, pentru stagiul de formare sunt necesare până la 4 luni de zile și cursuri elaborate pe baza unei programe complexe care presupune dobândirea de cunoștințe suplimentare, iar pentru muștrare este necesară o întâlnire a instanței de judecată cu minorul, imediat după pronunțarea hotărârii. Fără a analiza eficiența lor întrucât nu acesta este scopul lucrării prezente, nu putem să nu observăm că muștrarea este cu mult mai favorabilă minorului delincent.

De altfel, acest aspect a fost constatat și în studiile întreprinse de specialiști cu privire la stabilirea legii penale mai favorabile în cazul minorilor. În aceste studii³ s-a avansat clar concluzia că dacă instanța decide să se orienteze către cea mai ușoară măsură educativă neprivativă de libertate, aceasta este fără îndoială muștrarea din vechiul cod care este mai puțin severă decât oricare dintre măsurile prevăzute de noul cod. În general analiza comparativă a celor două măsuri se concentrează pe faptul că stagiul de formare civică, astfel cum este conceput pare să aibă șanse mai bune de atingere a scopurilor propuse sau pe faptul că muștrarea nu mai era aplicată la scară largă, fiind preferate alte măsuri educative tocmai din cauza presupusei sale ineficiențe.

Totuși, în măsura în care comparația vizează strict aspectul stabilirii unei măsuri educative mai favorabile pentru minorul delincent este evident că aceasta nu poate fi decât muștrarea. Cu toate acestea, muștrarea nu mai poate fi aplicată pentru faptele comise de minori ulterior intrării în vigoare a noilor reglementări penale întrucât aceasta nu se mai regăsește printre măsurile educative care fac parte din sistemul sancționator al

³ Fl. Streteanu, *Documentare privind aplicarea în timp a legii penale în condițiile intrării în vigoare a noului Cod penal*, www.just.ro.

minorului. Corelativ cu această excludere a muștrării este reglementat stagiul de formare civică drept cea mai ușoară măsură educativă, în condițiile în care acesta presupune un program îndelungat, complex și care poate fi însoțit de obligații și restricții suplimentare. Ne întrebăm în ce măsură pot afirma doctrina și practica o severitate mai redusă a noilor reglementări pentru minori, în aceste condiții.

3. Sfera obligațiilor care pot însoți măsura educativă

Potrivit vechiului Cod penal, în cazul măsurii educative a liberării supravegheate instanța putea să impună minorului respectarea uneia sau mai multora dintre următoarele obligații: să nu frecventeze anumite locuri stabilite; să nu intre în legătură cu anumite persoane; să presteze o activitate neremunerată într-o instituție de interes public fixată de instanță, cu o durată între 50 și 200 ore, de maximum 3 ore pe zi, după programul de școală, în zilele nelucrătoare și în vacanță.

Potrivit noului Cod penal, măsurile educative neprivative de libertate pot fi însoțite pe durata desfășurării lor de una sau mai multe obligații pe care instanța le poate stabili în sarcina minorului infractor. Aceste obligații sunt: să urmeze un curs de pregătire școlară sau formare profesională; să nu depășească, fără acordul serviciului de probațiune, limita teritorială stabilită de instanță; să nu se afle în anumite locuri sau la anumite manifestări sportive, culturale ori la alte adunări publice stabilite de instanță; să nu se apropie și să nu comunice cu victima sau cu membri de familie ai acesteia, cu participanții la săvârșirea infracțiunii ori cu alte persoane stabilite de instanță; să se prezinte la serviciul de probațiune la datele fixate de acesta; să se supună măsurilor de control, tratament sau îngrijire medicală.

Prin urmare, instanța de judecată avea posibilitatea ca în cazul aplicării libertății supravegheate să opteze și pentru stabilirea unor obligații suplimentare în cazul minorului. Așadar, dacă era considerat benefic pentru acesta să nu intre în contact cu anumite persoane și să nu se afle în anumite locuri care ar fi putut favoriza reluarea comportamentului infracțional instanța putea dispune în acest sens. La fel și în cazul în care s-ar fi considerat necesar ca minorul să presteze muncă în folosul comunității. Obligațiile puteau fi stabilite cumulativ sau doar unele dintre ele în funcție de situația minorului în cauză. Oricum, ele nu puteau însoți decât măsura educativă a libertății supravegheate.

Noile reglementări penale aduc însă o schimbare și cu privire la aceste obligații. Astfel, în primul rând sfera obligațiilor este mult mai extinsă decât cea reglementată anterior de vechiul Cod penal. Pe lângă obligațiile de a nu frecventa anumite locuri și a nu lua legătura cu anumite persoane, legiuitorul a introdus noi obligații. Printre acestea se numără și obligațiile pozitive de a urma un curs de pregătire școlară sau formare profesională, de a se prezenta la serviciul de probațiune la datele fixate de acesta, de a se supune măsurilor de control, tratament sau îngrijire medicală, precum și obligația negativă de a nu se afla la anumite manifestări sportive, culturale sau alte tipuri de adunări publice. Singura obligație care a fost înlăturată a fost aceea de a presta munca neremunerată în folosul comunității. La fel ca și vechiul Cod penal, noul Cod permite instanței de judecată să dispună executarea uneia sau mai multora dintre aceste obligații, putând fi stabilite cumulativ.

Un minor care săvârșește în prezent o faptă contrară legii penale este deci posibil să fie supus unei serii extinse de obligații față de un minor care ar fi săvârșit aceeași faptă, dar sub imperiul vechilor reglementări. Dacă se ajunge la concluzia că măsura educativă nu asigură prin conținutul său și prin ea însăși scopul urmărit și se impune aplicarea acestor obligații, consecințele pentru minorul infractor vor fi mult mai aspre decât în trecut, el urmând a executa toate obligațiile stabilite în sarcina sa. În plus, neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a acestora poate determina înlocuirea măsurii educative aplicate inițial cu o măsură mai aspră pentru minor, astfel că și riscul corelativ este mai ridicat.

În al doilea rând, aceste obligații pot însoți oricare dintre măsurile neprivative de libertate. Indiferent că măsura aplicată este stagiul de formare civică, supravegherea, consemnarea la sfârșit de săptămână sau asistarea zilnică, aceasta poate fi însoțită de obligații suplimentare. Și din acest punct de vedere situația minorului este mai grea în lumina noilor reglementări devreme ce, indiferent de măsura aleasă, el se poate regăsi ca destinatar al unor noi sarcini, or această posibilitate nu exista în cazul vechii măsuri a muștrării, de exemplu.

Finalitatea lucrării nefiind aceea de a analiza activitatea legiuitorului în această materie sau a trage o concluzie cu privire la eficacitatea acestor noi obligații introduse prin reglementările penale ne vom limita la a constata situația mai grea creată minorului în noul sistem penal. Dincolo de faptul că unele măsuri educative pot părea destul de permissive privite individual, în condițiile în care acestea sunt însoțite de o serie de obligații suplimentare, ele îngreunează mult sarcina minorului. Desigur că nu aceasta a fost intenția legiuitorului, așa cum nu este nici scopul instanței care decide aplicarea lor, însă în concret minorul delincvent de astăzi poate suporta o povară mai grea decât cel din trecut.

4. Tratatamentul sancționator al minorului

Un alt aspect care îl situează pe minorul delincvent de astăzi într-o poziție de-a dreptul ingrată este tratamentul sancționator în anumite situații. Este vorba despre cazul în care sunt deduse judecății două infracțiuni săvârșite de aceeași persoană, una în timpul minorității, iar alta după majorat. Dacă analizăm această ipoteză în ambele reglementări, rezultatele vor fi mult diferite și la fel consecințele lor pentru minori.

Pentru situația aplicabilității vechiului Cod penal trebuie să distingem între două variante. Prima dintre acestea presupune că pentru ambele infracțiuni (și cea comisă ca minor și cea comisă ca major) s-au aplicat pedepse cu închisoarea (pedeapsă+pedeapsă). De vreme ce în trecut reglementarea permitea aplicarea pedepsei cu închisoarea inclusiv pentru infracțiuni săvârșite ca minori, această variantă putea fi întâlnită în practică. În această situație, dacă infracțiunile erau concurente, după stabilirea unei pedepse cu închisoarea pentru fiecare dintre cele două infracțiuni, instanța proceda la aplicarea cumulului juridic, respectiv aplica pedeapsa cea mai grea care putea fi sporită până la maximum ei special. Dacă acest maxim nu era îndestulător se putea aplica un spor de până la 5 ani, acesta fiind facultativ.

A doua variantă care se putea întâlni sub imperiul vechiului Cod penal era aceea ca pentru infracțiunea comisă ca major să se stabilească o pedeapsă cu închisoarea, iar pentru infracțiunea comisă ca minor să se aplice o măsură educativă (pedeapsă +măsură).

În acest caz, cele două se contopeau, iar minorul executa exclusiv pedeapsa cu închisoarea pe durata care fusese stabilită inițial.

În prezent, deoarece pentru infracțiunile comise de minori nu se mai aplică decât măsuri educative, prima varianta analizată anterior (pedeapsă+pedeapsă) nu mai este posibilă, rămânând a fi analizată doar varianta a doua (pedeapsă+măsură). Totuși, și în acest caz, există două distincții, după cum măsura educativă aleasă este neprivativă de libertate sau dimpotrivă este privativă de libertate. Dacă măsura este neprivativă de libertate, ea nu va mai avea relevanță, urmând a fi executată exclusiv pedeapsa. Dacă măsura este privativă de libertate însă, minorul se poate regăsi în final într-o situație destul de dificilă și neașteptat de aspră.

Astfel, potrivit noului Cod penal, dacă măsura educativă este privativă de libertate, iar pedeapsa este închisoarea se aplică pedeapsa închisorii care se majorează cu o durată egală cu cel puțin o pătrime din durata măsurii educative ori din restul rămas neexecutat din aceasta la data săvârșirii infracțiunii comise după majorat. Prin urmare, în această situație, nu doar că la pedeapsa închisorii se poate adăuga o parte din durata măsurii educative, ci instanța de judecată este chiar obligată să procedeze în acest mod. Mai mult de atât, legiuitorul nu doar că nu conferă instanței facultatea de a decide necesitatea adăugării unei durate în plus la pedeapsă, dar o obligă să majoreze durata închisorii cu cel puțin un sfert din durata măsurii educative. Instanța de judecată nu poate aprecia deci dacă se impune sau nu majorarea și nici nu poate decide o perioadă care să fie mai mică decât pătrimea impusă de legiuitor.

În schimb nu putem să nu observăm că instanța de judecată are posibilitatea să majoreze pedeapsa cu mai mult de un sfert din durata măsurii educative. Altfel spus, nimic nu se opune ca judecătorul să adauge întreaga durată a măsurii educative la durata pedepsei, atât timp cât cumulul aritmetic nu se opune. Prin urmare, situația minorului este mult dezavantajoasă într-un caz de acest tip față de minorul sancționat pe tărâmul vechiului Cod penal. Practic, la data respectivă situația minorului era mai bună chiar și dacă pentru ambele infracțiuni i se aplicau pedepse cu închisoarea, în practică ajungând să execute doar cea mai grea pedeapsă sau eventual un spor rezonabil, însă niciodată ambele pedepse cumulate.

În noul Cod penal însă, minorul poate să fie sancționat mult mai dur în condițiile în care în urma contopirii cu o pedeapsă cu închisoarea măsura educativă privativă de libertate nu mai are relevanță prin natura ei, ci exclusiv prin durata care poate ajunge să fie adăugată integral la durata pedepsei. Nu vedem în acest ultim caz în ce fel se mai poate vorbi despre tratament sancționator mai permisiv al minorului sau reglementări mai favorabile decât în trecut.

De altfel, surprinzătoare nu este doar comparația între tratamentul minorilor în urma aplicării vechilor și noilor reglementări în ipoteze similare. Cu adevărat paradoxal este că din punct de vedere al tratamentului sancționator în cazul în care infracțiunile deduse judecății sunt concurente, minorii sunt într-o poziție mult mai defavorabilă chiar decât infractorii majori. În cazul în care un infractor major este judecat pentru două infracțiuni concurente, instanța de judecată va stabili pentru fiecare dintre acestea câte o pedeapsă, iar la pedeapsa cea mai grea va aplica un spor fix și obligatoriu de o treime din cealaltă pedeapsă. Prin urmare, dacă pentru infractorul major pedeapsa rezultantă se va stabili în această modalitate, infractorul minor este în schimb expus posibilității de a executa

pedeapsa pe o durată mult mai lungă care poate cuprinde integral durata măsurii educative.

Prin urmare, este destul de dificil de înțeles în ce măsură putem vorbi de reglementări mai favorabile în materia dreptului penal în privința minorului dacă acesta este expus unor sancțiuni atât de severe. Este adevărat că dacă minorul se află la prima abatere legea penală se poate dovedi destul de permisivă cu el, iar măsura aplicată să fie una ușoară. Totuși, dacă minorul a săvârșit mai multe fapte contrare legii penale, iar cel puțin una dintre acestea este comisă după împlinirea vârstei de 18 ani, situația sa poate deveni mai grea decât a unui infractor cu multiple infracțiuni comise după majorat. Practic, în acest caz deși infracțiunea săvârșită ca minor ar trebui să îi atragă o anumită clemență, de fapt ea conduce la prelungirea pedepsei cu închisoarea dând naștere unei pedepse finale mai mari decât dacă ar fi fost contopite două pedepse cu închisoarea.

Totodată, există situații în care instanța de judecată, analizând circumstanțele reale și personale ale faptei și făptuitorului său ar putea să aprecieze că pedeapsa cu închisoarea este suficientă, fără să fie necesară majorarea duratei sa cu cel puțin o pătrime din durata măsurii educative privative de libertate. Cu toate acestea, legiuitorul nu a lăsat la aprecierea instanței de judecată acest aspect, impunând ca aceasta să majoreze pedeapsa cu cel puțin un sfert din durata măsurii. Clemența manifestată de instanța de judecată poate lua doar forma aplicării acestui minim, fără a proceda la majorarea cu o durată mai întinsă a pedepsei.

5. Recunoașterea faptei pentru care s-a dispus trimiterea în judecată

Potrivit vechilor reglementări, inculpatul putea, până la începerea cercetării judecătorești, să declare personal sau prin înscris autentic că recunoaște săvârșirea faptelor reținute în actul de sesizare a instanței și nu solicită administrarea de probe, cu excepția înscrisurilor în circumstanțiere pe care le putea administra la acel termen de judecată. În cazul aplicării acestei proceduri inculpatul beneficia de reducerea cu o treime a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege în cazul pedepsei închisorii și de reducerea cu o pătrime a limitelor de pedeapsă prevăzute de lege în cazul pedepsei amenzii. Reglementarea din prezent este similară acesteia.

Astfel cum rezultă din textul menționat, în virtutea vechilor reglementări inculpații care recunoșteau faptele pentru care erau trimiși în judecată beneficiau de reducerea limitelor de pedeapsă. În cazul minorilor prevederea era aplicabilă și producea efectul reducerii limitelor pedepsei aplicate atunci când instanța se orienta spre stabilirea unei pedepse, iar nu a unei măsuri educative. Prevederea în sine funcționa și ca factor stimulant pentru inculpat, fie el major sau minor, în vederea recunoașterii faptei sale, fără a mai administra probe suplimentare, cu consecința unor limite reduse de pedeapsă. Desigur că în cazul în care instanța de judecată opta pentru o măsură educativă nu se puneau problema ca aceasta să aibă limite reduse, de vreme ce textul se referea la „pedeapsă”, iar măsurile educative intră în categoria sancțiunilor penale, însă fără a fi pedepse.

În noua reglementare era prevăzută în continuare procedura simplificată a recunoașterii de către inculpat a faptei pentru care era trimis în judecată, urmând ca acesta să beneficieze de limite reduse ale pedepsei amenzii sau închisorii în caz de condamnare sau amânare a aplicării pedepsei. De vreme ce textul păstra termenul de

„pedepse” este evident că acesta excludea măsurile educative din sfera aplicabilității sale. În consecință, minorii nu puteau beneficia de aceste prevederi întrucât sistemul lor sancționatoriu nu era format din pedepse ale căror limite să poată fi reduse, ci exclusiv din măsuri educative la care textul nu făcea trimitere.

Prevederile menționate nu vizau deci minorii, recunoașterea faptelor lor neputând să le aducă vreun beneficiu pe planul măsurilor educative. Dacă instanța de judecată dorea să dea totuși efect recunoașterii realizate de un inculpat minor ar fi putut face acest lucru prin aplicarea unei măsuri educative mai puțin severe. În acest sens recunoașterea ar fi fost interpretată ca o conștientizare de către minor a faptei sale și a consecințelor acesteia, fapt ce ar fi dus la posibilitatea reeducării sale mai facile, chiar și printr-o măsură educativă mai puțin aspră. Aceasta chestiune rămânea însă la aprecierea instanței de judecată învestite cu soluționarea cauzei.

Prin urmare, la fel ca și în cazul tratamentului sancționator expus mai sus, minorii se aflau sub noua legislație într-un clar dezavantaj nu doar comparativ cu reglementările care îi vizau înainte, ci chiar și în raport cu infractorii majori. Dacă aceștia din urmă puteau prin atitudinea lor de recunoaștere să ajungă la limite reduse de pedeapsă și în cele mai multe cazuri chiar la pedepse mai scăzute, pentru minori recunoașterea putea rămâne fără efect. În orice caz pe planul măsurilor educative nu conducea la reducerea duratei vreuneia dintre ele.

Ulterior, având în vedere această inechitate existentă, la nivel legislativ au fost aduse modificări Codului de procedură penală prin Ordonanța nr. 18/2016 pentru modificarea Legii nr. 286/2009 privind Codul de procedură penală. Prin această ordonanță s-a prevăzut în mod expres posibilitatea minorilor de a beneficia de procedura simplificată a recunoașterii învinuirii, cu încuviințarea reprezentantului lor legal. În cazul în care inculpatul minor recunoaște săvârșirea faptei, instanța va avea în vedere acest aspect la alegerea măsurii educative, iar în cazul măsurilor educative privative de libertate limitele perioadei prevăzute de lege pe parcursul căreia se pot dispune măsurile se reduc cu o treime.

Prin urmare, dacă inculpatul minor trimis în judecată pentru o infracțiune recunoaște în fața instanței de judecată săvârșirea infracțiunii astfel cum a fost reținută în rechizitoriul întocmit de Parchet, iar declarația de recunoaștere a minorului este însoțită de acordul reprezentantului său legal, inculpatul va beneficia de procedura simplificată. În concret, în cazul în care instanța urmează să îi aplice măsura educativă a internării într-un centru educativ sau centru de detenție, limitele acesteia vor fi reduse cu o treime.

6. Concluzii

Așa cum am arătat și în cuprinsul lucrării, scopul acesteia nu este acela de a analiza noutățile în materia reglementărilor penale pentru minori sau de a analiza eficiența acestora în raport cu vechile reglementări. De asemenea, nu se urmărește evaluarea activității legiuitorului în sensul dacă aceasta a fost una pozitivă sau negativă sau care vor fi consecințele noilor coduri asupra infracționalității juvenile din România. Ideea principală a avut ca premisă nenumăratele lucrări și articole apărute în țara noastră și care susțineau ideea unui tratament extrem de îngăduitor și deloc represiv al minorilor.

Fără a nega că sistemul măsurilor educative este unul mai puțin sever decât cel format atât din pedepse, cât și din măsuri educative credem că analiza sa ar trebui să fie

mai amplă. Simplul raționament că eliminarea pedepselor ca sancțiuni aplicabile minorilor determină automat crearea unui regim mai avantajos pentru ei nu poate fi acceptat. Cele câteva aspecte problematice expuse anterior sunt dovada faptului că în multe cazuri minorii sunt mai dezavantajați sub imperiul noilor reglementări decât erau în trecut, chiar și față de infractorii majori.

Evaluarea în ansamblu a tuturor reglementărilor actuale aplicabile minorilor se impune pentru a putea emite o concluzie cu privire la acestea, chiar și în situația în care concluzia este posibil să nu fie unanim acceptată și recunoscută.

CONTINUITATE ȘI DISCONTINUITATE ÎN EVOLUȚIA INCRIMINĂRILOR CONTRA ÎNFĂPTUIRII JUSTIȚIEI (*PROPUNERI DE LEGE FERENDA*)

Maria OPREA*

Abstract:

This study aims to approach some aspects regarding the infractions against accomplishing justice, by engaging elements of continuity and transition in the evolution of this incriminations, correlative with the criminal procedural law and compared law regulations. The analysis of this infractions revealed that some aspects concerning regulations within accomplishing justice's domain deem some improvements or addenda, aspects which got the form of de lege ferenda proposals in the current essay.

Keywords: *infractions against accomplishing justice; de lege ferenda proposals; elements of continuity and transition*

Aspecte introductive

Infrațiunile contra înfăptuirii justiției cunosc în noul Cod penal modificări importante, fiind prevăzute în mod distinct în Titlul IV din Partea specială (art. 266-288). Astfel, au fost introduse noi incriminări, precum „obstrucționarea justiției”, „răzbunarea pentru ajutorul dat justiției”, „compromiterea intereselor justiției”, „încălcarea solemnității ședinței”, „asistența și reprezentarea neloială”. De asemenea, au fost regândite alte fapte penale care erau deja incriminate, precum „nedenunțarea”, „favorizarea infractorului”, „influențarea declarațiilor”, „mărturia mincinoasă”, „tăinuirea”, „ultrajul judiciar”, „neexecutarea sancțiunilor penale”¹.

Dacă în Codul penal din 1969 erau prevăzute 17 infracțiuni, noul Cod penal a inclus în domeniul prin care se realizează protecția penală a activității de înfăptuire a justiției 23 de incriminări. Demersul temei de cercetare a fost determinat de aceste schimbări importante aduse Codului penal, dar și de corelările ce trebuie să existe cu legea de procedură penală.

Analiza incriminărilor contra înfăptuirii justiției din noul Cod penal a relevat că acestea se înscriu în regula generală de evoluție a dreptului, continuitate – discontinuitate.

Unele dintre infracțiuni au fost prevăzute și în Codurile penale din 1864 sau 1936. În acest sens, se pot exemplifica: nedenunțarea, omisiunea sesizării, denunțarea calomnioasă, delictul de corupere de martori (art. 280 din C. pen. din 1936), delictul de divulgare a actelor de procedură secretă (art. 293 din C. pen. din 1936), cercetarea abuzivă, mărturia mincinoasă², favorizarea infractorului, tăinuirea (prevăzută în Codul

* Judecător, Tribunalul Buzău, Secția penală, Doctor în drept penal; e-mail: moprea_just@yahoo.com

¹ Pentru o analiză în detaliu a infracțiunilor contra înfăptuirii justiției, a se vedea Oprea M., *Infrațiuni contra înfăptuirii justiției*, tomul 9, Ed. Universul Juridic, București, 2015.

² Mărturia mincinoasă era prevăzută în Codul penal din 1864 în art. 287-291 iar în Codul penal din 1936, art. 277-279. Cu privire la mărturia mincinoasă sau *falsitas in iudicio*, la apariția Codului penal din

penal din 1864 ca delict autonom, inclusă în art. 53-55, unde era prevăzută complicitatea)³.

Chiar dacă, pentru unele dintre noile incriminări, numai confruntarea normei penale cu realitatea juridică va da măsura conformității acesteia cu necesitatea respectării principiului caracterului subsidiar al dreptului penal, analiza a relevat că anumite aspecte ale reglementărilor din domeniul înfăptuirii justiției comportă îmbunătățiri sau completări, aspecte sintetizate în propuneri *de lege ferenda*.

Considerăm că se impune a fi reținute câteva dintre acestea.

1. Compromiterea intereselor justiției (art. 277), fiind o incriminare nouă, a impus o analiză a respectării **principiului minimei intervenții** cât privește trecerea în domeniul protecției penale a unor valori pe care legiuitorul a apreciat că nu le poate proteja eficient prin măsuri cu caracter administrativ, civil, contravențional sau disciplinar. Cercetarea a impus concluzia potrivit căreia necesitatea incriminării compromiterii intereselor justiției rezultă atât din condamnarea României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, dar și din constatarea că instituțiile abilitate administrativ nu au putut stabili răspunderea pentru dezvăluirea în presă a unor date din dosarele penale aflate pe rolul organelor de urmărire penală⁴.

O analiză specială a impus a treia variantă normativă a infracțiunii, prevăzută de art. 277 alin. (3), faptă ce poate fi comisă de către un **martor, expert sau interpret** prin dezvăluirea, fără drept, de informații dintr-o cauză penală, atunci când această interdicție este impusă de legea de procedură penală.

Norma penală instituită prin alin. (3) are caracterul unei **norme de referire** întrucât își completează preceptul cu elemente normative pe care le procură din legea de procedură penală. Legiuitorul nu precizează în conținutul normei care sunt elementele normative complinitoare, făcând trimitere la legea procesual penală. Norma de referire își subordonează astfel preceptul normei complinitoare.

În aceste condiții, se impune a fi identificate acele dispoziții din legea de procedură penală care interzic martorului, expertului sau interpretului să dezvăluie, fără drept, informații dintr-o cauză penală.

Citind Codul de procedură penală sub acest aspect, al **identificării interdicțiilor** pe care legea de procedură le impune martorilor, experților sau interpreților au fost găsite următoarele norme de procedură:

- **în cursul urmăririi penale**, poate comite această faptă **interpretul** care, în conformitate cu art. 143 alin. (3) C. pr. pen. este chemat de către organele de urmărire

1936 s-a susținut că „formează plaga sălilor de ședințe ale instanțelor judecătorești de pretutindeni”. În acest sens, I. Ionescu-Dolj, în Comentariul făcut în Codul penal Carol al II-lea menționa că era necesară completarea conținutului infracțiunii cu modalitatea comiterii prin tăcerea martorului cu privire la împrejurările esențiale, care era și cea mai frecventă în practică (A se vedea, în acest sens, Codul penal Carol al II-lea, adnotat de Constantin G. Rătescu, Ioan Ionescu-Dolj, Ioan Gr. Periețeanu, Vintilă Dongoroz, Hurmuz Aznavorian, Traian Pop, Mihail Papadopolu, N. Pavelescu, vol. II și III, *Partea specială*, Ed. Librăriei SOCEC & Co, SA, București, 1937, p. 194).

³ Pentru detalii cu privire la continuitatea și discontinuitatea în evoluția incriminărilor contra înfăptuirii justiției, a se vedea Oprea M., *op. cit.*

⁴ Pentru o analiză a conformității noilor incriminări cu principiul minimei intervenții, a se vedea Antoniu G., *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (II)*, în Revista de drept penal nr. 1/2008, p. 9-34.

penală să contribuie la transcrierea convorbirilor, comunicărilor sau conversațiilor purtate într-o altă limbă decât cea română, atunci când aceste comunicări sunt obținute în baza unui mandat de supraveghere tehnică; art. 142 alin. (3) C. pr. pen. care se referă la „punerea în executare a mandatului de supraveghere tehnică”: **„persoanele chemate să dea concurs tehnic** la executarea măsurilor de supraveghere au obligația să păstreze secretul operațiunii efectuate, sub sancțiunea legii penale”; poate fi subiect activ al variantei a treia a infracțiunii funcționarul public, dacă acesta este **și expert**;

- **în faza de judecată**, art. 352 din C. pr. pen. prevede posibilitatea declarării ședinței nepublice. Alineatul (8) al articolului menționat impune președintelui completului îndatorirea de a aduce la cunoștința persoanelor ce participă la judecata desfășurată în ședință nepublică, obligația de a păstra confidențialitatea informațiilor obținute pe parcursul procesului. De asemenea, alin. (9) prevede că instanța, poate interzice, pe durata judecării, publicarea și difuzarea, prin mijloace scrise sau audiovizuale, de texte, desene, fotografii sau imagini de natură a dezvălui identitatea persoanei vătămate, a părții civile, a părții responsabile civilmente sau a martorilor, în condițiile prevăzute de alin. (3) sau (4) ale art. 352. Informațiile de interes public din dosar se comunică în condițiile legii (art. 352 alin. (10)).

Apreciem că normele impuse de art. 352 C. pr. pen., cât privește ședința declarată nepublică, instituie și obligația păstrării confidențialității informațiilor de către martor, expert sau interpret (alin. (8)), dispoziție ce completează conținutul normei penale cuprinse în alin. (2) al art. 277 C. pen.

Cât privește faza de urmărire penală, în afara dispozițiilor prevăzute de art. 142 alin. (3) și art. 143 alin. (3) C. pr. pen., la care s-a făcut referire anterior, nu au fost identificate alte norme cu caracter prohibitiv ce ar putea completa norma de incriminare din art. 277 alin. (3).

Semnificativă apare interogația cu privire la semnul egalității între caracterul nepublic al fazei de urmărire penală (astfel cum este prevăzut de art. 285 alin. (2) C. pr. pen.) și interdicția la care se referă alin. (3) al art. 277 C. pen.”

Pentru a stabili sensul normei penale pe care o analizăm, considerăm că trebuie efectuată o interpretare gramaticală, corelată cu exigența ce decurge din *lex stricta*, astfel încât să nu se ajungă la o extindere a normei de incriminare dincolo de voința legiuitorului, în condițiile în care normele penale sunt de strictă interpretare. Apreciem că norma penală din alin. (3) este mai restrictivă, în sensul că nu are în vedere orice procedură nepublică. Prin aceasta se impune condiția ca informațiile dezvăluite, fără drept, să fi făcut obiectul unei interdicții exprese a legii de procedură penală, așa cum este cea din art. 143 alin. (3) C. pr. pen. sau cea la care s-a făcut deja referire din art. 252 din același cod. Susținem faptul că nu se poate pune semnul egalității între caracterul nepublic al unor proceduri și interdicția la care face referire alin. (3) al art. 277. Trimiterea pe care alin. (3) o face la normele de procedură penală nu poate fi una *in totum*, ci trebuie să existe dispoziții speciale în acest sens, dispoziții care să fie ușor de identificat de către destinatarul normei penale întrucât numai în aceste condiții norma de incriminare este previzibilă. Dacă ar fi dorit ca orice informație din cursul urmăririi penale să intre în domeniul preceptului, legiuitorul ar fi trebuit să spună că orice informație obținută de către martor „în cadrul unei proceduri secrete sau într-o ședință nepublică ori în cursul urmăririi penale” nu trebuie dezvăluită.

În plus, *de lege lata*, aprecierea informației ce nu trebuie dezvăluită, a importanței acesteia, a caracterului și însemnătății sale în structura procesului penal, trebuie să se facă de către legiuitor, aspect ce rezultă din conținutul normei de incriminare.

Incriminări asemănătoare există și în codurile penale ale altor țări din Europa.

Un examen al acestor dispoziții cu privire la stabilirea obligației de a nu dezvălui informații secrete din cursul unui proces penal, dar și a modului de aducere la cunoștință destinatarilor a acestor dispoziții legale și a sancțiunilor ce li se pot aplica în cazul nerespectării obligației, au relevat existența a trei tendințe legislative:

- unele legislații au prevăzut că interdicția de a nu dezvălui informații secrete este **stabilită prin lege**, așa cum este cazul **Codului penal german (§ 353b) și suedez (Capitolul 20, secțiunea 3)**; ambele legislații prevăd interdicția divulgării informațiilor pe care legea le-a menționat expres; în plus, C. pen. german face referire la încălcarea obligației „impusă de o instanță în baza unei legi”;

- **Codul penal spaniol (art. 466)** conține mențiunea potrivit căreia acțiunile procesuale sunt **declarate secrete de către autoritatea judiciară**; în doctrina spaniolă s-a susținut că declararea expresă a acțiunilor secrete trebuie să se realizeze anterior relevării acestora de către subiectul activ⁵; de asemenea, **Codul penal italian (art. 379 bis)** prevede că poate comite infracțiunea persoana care, după ce a dat declarații în cursul cercetărilor preliminare, nu respectă interdicția impusă de parchet de a dezvălui informații secrete; semnificativă este și prevederea din **art. 391 din C. pen. portughez** potrivit căreia, în cazul în care există cerințe pertinente pentru anchetă, procurorul poate, prin ordonanță motivată, să interzică persoanelor să comunice altor persoane faptele și împrejurările care le-au fost aduse la cunoștință și care fac obiectul dosarului⁶;

- o altă tendință legislativă este cea a **Codului penal francez (art. 434-7-2)** ce incriminează conduita persoanelor care are au aflat informațiile secrete, dezvăluite fără drept, în virtutea funcției, fără să se facă precizarea că este vorba de informații declarate secrete de către autoritatea judiciară ori stabilite prin lege⁷.

Așa cum este formulată prevederea din alin. (3) al art. 277 din C. pen. român, se înțelege că legiuitorul nu a intenționat să lase la dispoziția și aprecierea organelor judiciare care sunt informațiile ce nu trebuie dezvăluite de către martor, expert sau interpret.

Legiuitorul român a optat pentru o incriminare limitată numai a situațiilor pe care legea le prevede în mod expres, însă norma penală este aproape lipsită de eficiență în condițiile în care nu au fost arătate aceste situații în C. pr. pen.

Apreciem că legiuitorul, dacă ar fi înțeles să se refere la orice procedură nepublică, fie că se desfășoară în faza de urmărire penală, în camera preliminară sau în cursul judecății, ar fi trebuit să prevadă în mod expres acest aspect. Dacă dispoziția din alin. (3) al art. 277 ar fi incriminat dezvăluirea, fără drept, de informații dintr-o cauză penală, de către un martor, expert sau interpret, atunci când acesta a obținut informațiile întrucât a

⁵ J.L. Manzanares Samaniego, *Codigo penal (Adaptado a la Ley Organica 5/2010, de 22 de junio)*, *Comentarios y jurisprudencia*, II, *Parte Especial (articulos 138 a 639)*, Granada, 2010, 1264-1265.

⁶ Pentru codurile penale ale țărilor din Uniunea Europeană, a se vedea <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653>; <http://europa.eu>.

⁷ Codul penal francez, disponibil pe www.legifrance.gouv.fr; *Code pénal*, 111^e éd., Annotations de jurisprudence et bibliografie par Y. Mayod, Dalloz, éd. 2014.

participat la o procedură nepublică, acest aspect trebuia să rezulte din conținutul normei penale.

Propunem, *de lege ferenda*, ca în art. 120 alin. (2) C. pr. pen. după lit. d) să se introducă lit. e) cu următorul conținut: „obligația de a păstra confidențialitatea informațiilor atunci când această obligație este impusă de legea de procedură penală”. Pe lângă instituirea, în mod expres, a interdicției la care ne-am referit, legiuitorul trebuie să menționeze și obligația organelor judiciare de a-l informa pe martor, expert sau interpret de a păstra confidențialitatea informațiilor.

Pentru a proteja informațiile dintr-o cauză penală, dar și caracterul previzibil al normei de incriminare, considerăm *de lege ferenda*, că se impune ca legiuitorul **să extindă domeniul protecției penale** prin prevederea ca infracțiune a oricărei dezvăluiri, fără drept, de informații dintr-o cauză penală de către o persoană care **a participat sau a asistat la o procedură în cursul urmăririi penale, la o ședință în camera de consiliu, secretă sau separată, după ce i s-a adus la cunoștință obligația de a păstra secretul informațiilor**. În mod distinct, prin legea de procedură penală ar trebui prevăzută obligația expertului și interpretului de a păstra secretul informațiilor obținute în cursul procesului penal. Rațiunea aducerii la cunoștință a obligației de a păstra confidențialitatea informațiilor constă în necesitatea cunoașterii acestei obligații în condițiile în care norma procesual penală nu se poate spune că este ușor de interpretat de către o persoană fără studii juridice, dacă obligația nu rezultă în mod expres.

2. Cât privește **obstrucționarea justiției (art. 271)**, am apreciat, *de lege ferenda*, că norma de incriminare ar trebui să prevadă o cauză de nepedepsire față de persoanele care nu s-au conformat dispozițiilor organelor judiciare întrucât ar fi putut contribui la propria incriminare. Includem aici nu numai martorul, ci și alte persoane ce pot fi acuzate în cauza respectivă. *De lege ferenda*, considerăm că trebuie prevăzută o normă cu caracter de generalitate în C. pr. pen. și C. pr. civ. cu privire la obligația organelor judiciare de a avertiza persoanele în legătură cu săvârșirea infracțiunii de obstrucționarea justiției. În acest sens, ar trebui menționat în codurile de procedură penală și civilă următoarea dispoziție: **„atunci când efectuează un act procedural ori solicită punerea la dispoziție a datelor, obiectelor sau înscrisurilor, organele judiciare trebuie să avertizeze persoanele cu privire la comiterea infracțiunii de obstrucționarea justiției în cazul împiedicării efectuării actelor procedurale ori al refuzului de comunicare.”** Despre efectuarea avertizării ar trebui să se facă mențiune într-un proces-verbal ori în cuprinsul actului procedural.

3. **Influențarea declarațiilor** este o incriminare ce se înscrie în regula generală de evoluție a dreptului, continuitate - discontinuitate. Noua incriminare pornește de la două dintre normele penale ce existau în Codul penal din 1969, fiind adăugate aspecte noi din legislațiile penale europene⁸.

Conținutul juridic al infracțiunii s-a realizat pe baza a două dispoziții penale, respectiv „încercarea de a determina mărturia mincinoasă”, prevăzută de art. 261, și

⁸ Reglementări similare există și în codurile penale europene: art. 464 C. pen. spaniol, art. 377 bis C. pen. italian, art. 434-5, art. 434-8, art. 434-15 C. pen. francez, Capitolul 15 Secțiunea 9 C. pen. finlandez, art. 160 C. pen. german.

„împiedicarea participării în proces”, reglementată de art. 261¹, ambele incriminate în Codul penal din 1969.

În cazul infracțiunii de **influențare a declarațiilor (art. 272 C. pen.)**, *de lege lata*, atunci când fapta este comisă prin constrângere, apreciem că în conținutul său se absoarbe infracțiunea de lovire sau alte violențe, prevăzută în art. 193 C. pen., și infracțiunea de amenințare, prevăzută de art. 206 C. pen., concepție impusă și de regula generală de drept potrivit căreia o persoană nu poate fi sancționată de două ori pentru aceeași faptă sau agravantă, fiind în concordanță și cu principiul consumpțiunii.

De lege ferenda, apreciem că se impune introducerea unui nou alineat, respectiv (2¹), la infracțiunea de lovire sau alte violențe (art. 193 C. pen.), în care să se precizeze că **„dispozițiile alin. (1) și (2) nu se aplică atunci când legea consideră violența drept element constitutiv sau drept circumstanță agravantă a unei alte infracțiuni”**⁹.

4. În legătură cu **infracțiunea de evadare (art. 285)**, considerăm că o problemă aparte o poate pune **măsura preventivă a arestului la domiciliu**. Având în vedere modul în care este formulată incriminarea evadării, se poate ivi justificat interogația dacă un inculpat arestat la domiciliu poate comite această infracțiune.

Verificând legislația altor țări, se constată preocuparea legiuitorilor pentru *lex certa*, în **Codul penal italian** fiind menționat în mod expres, în art. 385 alin. (3), că dispozițiile privind evadarea se aplică și față de persoana aflată în arest la domiciliu. În textul de lege menționat se face precizarea că evadarea se comite de către cel aflat în stare de arest la domiciliu **prin îndepărtarea de domiciliu sau de alt loc proprietate personală**.

Având în vedere modul în care este formulată dispoziția ce incriminează evadarea în art. 285 din C. pen. român, reținând că legiuitorul a menționat în mod expres, în alin. (3), două variante asimilate ale evadării, incidente pentru persoanele care nu se află sub pază permanentă, considerăm că doar o interpretare strictă a textului de lege este conformă principiului legalității. În acest sens, opinăm pentru nereținerea calității de subiect activ al infracțiunii de evadare a inculpatului aflat în arest la domiciliu. Considerăm că în situația în care ar fi intenționat să includă starea de arest la domiciliu printre situațiile premisă în care se poate comite infracțiunea de evadare, legiuitorul ar fi trebuit să-l avertizeze pe inculpat că poate comite și infracțiunea de evadare.

Avându-se în vedere importanța măsurii preventive a arestului la domiciliu pentru buna desfășurare a procesului penal, necesitatea ca această măsură să fie respectată de toți cei cărora li se aplică, dar și imperativul respectării principiului legalității incriminării, apreciem că, **de lege ferenda**, se impune să fie menționat printre subiecții activi ai infracțiunii și inculpatul aflat în stare de arest la domiciliu, prin includerea acestei variante asimilate alături de celelalte două, în alin. (3) al art. 285, cu următorul conținut: **„se consideră evadare și părăsirea imobilului în care locuiește, în alte condiții decât cele dispuse de către organele judiciare sau prevăzute de lege, de către un inculpat față de care s-a dispus măsura arestului la domiciliu”**. Totodată, în C. pr. pen., în art. 221 alin. (4 și 11) ar trebui să se facă mențiunea aducerii la cunoștința inculpatului a obligațiilor ce-i revin, iar în cazul încălcării interdicției de a părăsi imobilul în care locuiește poate comite infracțiunea de evadare.

⁹ Dispoziții asemănătoare există și în Codul penal Italian, art. 581.

Cât privește **normele de drept procesual penal**, cercetarea a relevat existența unor necorelări ori omisiuni ale legii procesuale, exigențe ce sunt necesare pentru aplicarea unitară a normelor de incriminare.

5. În cazul infracțiunii de **încălcare a solemnității ședinței (art. 278 C. pen.)**, analizând normele ce reglementează infracțiunile de audiență în Codul de procedură penală (art. 360) și Codul de procedură civilă (art. 218), se constată o necorelare a normelor procesual-civile cu dispozițiile din legea procesuală penală ce prevăd condițiile în care se poate dispune **reținerea** unei persoane.

Avându-se în vedere că infracțiunea se comite în timpul desfășurării activității instanței, în conformitate cu art. 360 C. pr. pen., fapta este o infracțiune de audiență, astfel încât constatarea ei se va face potrivit regulilor speciale prevăzute de acest text de lege. În acest sens, președintele completului de judecată va constata fapta și îl va identifica pe făptuitor, consemnând toate acestea în încheierea de ședință, ce se trimite procurorului competent. În cazul în care procurorul participă la judecată, acesta poate declara că începe urmărirea penală, pune în mișcare acțiunea penală și îl poate reține pe suspect sau pe inculpat.

Sub aspectul luării măsurii preventive a reținerii față de subiectul activ al infracțiunii, noul Cod de procedură penală dă eficiență separării funcțiilor judiciare și exercitării acestora pe parcursul procesului penal, dar și respectării dreptului la apărare al persoanei acuzate de infracțiune și unei eventuale cauze de incompatibilitate a judecătorului sau procurorului care pot avea calitatea de subiecți pasivi ai infracțiunii comise. Codul de procedură civilă prevede în art. 218 măsurile ce se dispun de către președintele completului în cazul săvârșirii unei infracțiuni de audiență. Astfel, dacă în cursul ședinței se săvârșește o infracțiune, președintele o constată și îl identifică pe făptuitor. Procesul-verbal întocmit se trimite procurorului. Instanța poate, în condițiile legii penale, să dispună și **reținerea făptuitorului**.

Constatăm o necorelare a dispozițiilor din legea procesuală civilă cu prevederile legale ce permit luarea măsurii reținerii față de o persoană ce comite o infracțiune de audiență.

Astfel, potrivit art. 203 alin. (1) C. pr. pen., măsura preventivă prevăzută la art. 202 alin. (4) lit. a) – reținerea – poate fi luată față de suspect sau inculpat de către organul de cercetare penală sau de către procuror, numai în cursul urmăririi penale. Așa cum s-a arătat anterior, măsura reținerii suspectului sau a inculpatului, în cazul în care se constată o infracțiune de audiență în cursul unei proceduri desfășurate în fața judecătorului sau a instanței într-un proces penal, se poate dispune numai de către procuror, după ce a fost începută urmărirea penală ori a fost pusă în mișcare acțiunea penală (art. 360 C. pr. pen.).

Întrucât instanța (civilă sau penală) nu are atribuții în ceea ce privește începerea urmăririi penale sau punerea în mișcare a acțiunii penale, dispozițiile art. 203 alin. (1) C. pr. pen. nu au dat în competența instanței luarea măsurii reținerii. Față de aceste considerații, apreciem că dispozițiile art. 218 alin. (2) C. pr. civ., potrivit cărora „instanța poate, în condițiile legii penale, să dispună și reținerea făptuitorului”, nu sunt în concordanță cu normele procesual-penale, **instanța civilă neavând competența reținerii subiectului activ al infracțiunii**.

Instanța civilă, după ce constată împrejurările în care s-a comis acțiunea ce ar putea intra în conținutul infracțiunii de încălcare a solemnității ședinței, îl identifică pe făptuitor, întocmește procesul-verbal, care este, de fapt, încheierea de ședință, și poate solicita organelor de poliție să îl conducă pe acesta în fața procurorului, căruia i se trimite și încheierea de ședință sau, dacă întocmirea acesteia necesită mai mult timp, doar un proces-verbal cu cele constatate.

Față de aceste considerente, propunem, *de lege ferenda*, ca dispozițiile alin. (2) al art. 218 C. pr. civ. să aibă următorul conținut: „**Instanța sau judecătorul dispune ca organele de poliție să-l conducă pe făptuitor în fața organelor de urmărire penală competente, cărora li se va înainta și procesul-verbal întocmit în condițiile alin. (1)**”. Analiza comparativă a normelor de incriminare cu normele de drept procesual penal și cele de drept comparat impun reținerea și a altor propuneri *de lege ferenda*, precum introducerea în domeniul protecției penale a **refuzului martorului de a se prezenta în fața organelor judiciare și de a da declarație**.

De asemenea, cu privire la **infracțiunea de asistență și reprezentare neloială (art. 284 C. pen.)** considerăm, *de lege ferenda*, că se impune ca și înțelegerea dintre subiectul activ și terțul interesat de soluția ce se va pronunța în cauză să fie sancționată dacă a cauzat o vătămare. În acest sens, alin. (2) ar trebui modificat: „**Cu aceeași pedeapsă se sancționează fapta avocatului sau reprezentantului care, în înțelegere cu un terț interesat, vatămă interesele clientului sau ale persoanei reprezentate într-o procedură judiciară, notarială sau în procedura de mediere**”¹⁰.

Propunem această modificare întrucât legiuitorul a sancționat cu aceeași pedeapsă o infracțiune de rezultat (variante tip prev. în alin. (1)) și o infracțiune de pericol abstract (variante asimilată din alin. (2)), punând pe același plan fapte ce nu au același grad de pericol social. În cazul în care înțelegerea frauduloasă dintre avocat sau reprezentant și partea cu interese contrare nu produce vătămarea prevăzută în art. 284 alin. (1) C. pen., fapta nu constituie infracțiune. Cu toate acestea, înțelegerea frauduloasă dintre subiectul activ și terțul interesat în cauză va fi considerată infracțiune fără să cauzeze o vătămare. Această modalitate de formulare a tipicității lasă în afara domeniului penal o faptă ce este la fel de gravă, aceea a înțelegerii frauduloase dintre avocat sau reprezentant și partea cu interese contrare.

Aspectele analizate impun concluzia că organele judiciare au la dispoziție mai multe mijloace cu ajutorul cărora se vor putea preveni ori sancționa încercările de influențare sau denaturare a cursului justiției.

¹⁰ Pentru detalii, a se vedea Oprea M., *op. cit.*, pp. 503-525.

PREVIZIBILITATEA ȘI ACCESIBILITATEA NORMELOR DE DREPT PENAL ÎN VIZIUNEA CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI

*Lorena Gabriela NIȚOIU**

Abstract:

Compliance with laws is binding, but we can't pretend to a subject of law to respect a law that is not clear, accurate and foreseeable, because he is not able to regulate his conduct according to normative assumption law. So, the lawmaker must prove a lot of attention when adopting a law, especially a criminal law, this should carry out certain quality requirements, such as predictability and accessibility.

This present paper wants to analyse these notions, but also the way in which European Court of Human Rights case-law it was taken and applied in Romanian Constitutional Court decisions, when it pronounce of constitutionality of some clause from the criminal law.

Keywords: *accessibility, predictability, principles and rules, legislative technique*

Principiul respectării obligatorii a legilor îl regăsim consacrat atât în art. 1 alin. (5) din Constituția României, cât și în majoritatea constituțiilor statelor europene. Însă pentru a putea fi respectată de destinatarii săi, legea trebuie să îndeplinească anumite cerințe de precizie, claritate și previzibilitate, astfel încât acești destinatari să își poată adapta în mod corespunzător conduita. Este de observat, că în general, destinatarii normelor, inclusiv a celor penale, au nivele de școlarizare sau culturale diferite și implicit posibilități diferite de receptare a mesajului normativ. Nimeni nu poate invoca și nu se poate apăra cu scuza necunoașterii legii, câtă vreme aceasta a fost făcută publică într-un limbaj „natural, într-un stil și cu mijloacele potrivite destinatarilor”¹. Desigur, poate să fie dificil să se redacteze legi de o precizie totală și o anumită suplețe, poate chiar să se dovedească de dorit, suplețe care nu trebuie să afecteze însă previzibilitatea legii².

Obligativitatea respectării legilor implică o obligație pozitivă a legiuitorului, de a reglementa prin texte clare și precise, claritatea legii fiind apreciată în lumina experienței juridice normale, iar norma trebuie să fie previzibilă și accesibilă. Aceste cerințe calitative ale legii au fost reliefate de cele mai multe ori în bogata jurisprudență a Curții Europene a Drepturilor Omului, fiind preluate și în actuala jurisprudență a Curții Constituționale a României.

Cerința previzibilității presupune ca norma juridică să fie enunțată cu suficientă precizie, pentru a permite cetățeanului să își controleze conduita, să fie capabil să

* Doctorand în cadrul Școlii Doctorale a Universității București; avocat în Baroul Brașov; e-mail: lorena.nitoiu@yahoo.com

¹ G.C. Mihai, R.I. Motica, *Fundamentele dreptului. Teoria și filozofia dreptului*, Ed. All, București, 1997, p. 144.

² Dec. CCR nr. 903 din 6 iulie 2010, publicată în M. Of. nr. 584 din 17 august 2010; Dec. CCR nr. 743 din 2 iunie 2011, publicată în M. Of. nr. 579 din 16 august 2011; Dec. CCR nr. 662 din 11 noiembrie 2014, publicată în M. Of. nr. 47 din 20 ianuarie 2015.

prevadă, într-o măsură rezonabilă, față de circumstanțele speței, consecințele care ar putea rezulta dintr-o anumită faptă, chiar dacă trebuie să apeleze la consiliere de specialitate în materie.

Însemnătatea noțiunii de previzibilitate depinde în mare măsură de contextul normei despre care este vorba, de domeniul pe care îl acoperă, precum și de numărul și calitatea destinatarilor săi³. Previzibilitatea legii nu se opune ca persoana interesată să fie nevoită să recurgă la o bună consiliere pentru a evalua, la un nivel rezonabil circumstanțele cauzei, consecințele ce ar putea decurge dintr-o anumită acțiune⁴. Acest lucru se întâmplă de obicei cu profesioniști, obișnuiți să facă dovada unei mari prudențe în exercitarea meseriei lor. De asemenea, se poate aștepta de la ei să acorde o atenție deosebită evaluării riscurilor pe care le implică⁵.

În ceea ce privește accesibilitatea legii, Curtea Europeană constată că, din punct de vedere formal, aceasta are în vedere aducerea la cunoștința publică a actelor normative de rang infraconstituțional și intrarea în vigoare a acestora. Însă, pentru a fi îndeplinită cerința de accesibilitate a legii, nu este suficient ca o lege să fie adusă la cunoștință publică, ci este necesar ca între actele normative care reglementează un anumit domeniu să existe atât o conexiune logică pentru a da posibilitatea destinatarilor acestora să determine conținutul domeniului reglementat, cât și o corespondență sub aspectul forței lor juridice. Nu este așadar admisă o reglementare dispartă a domeniului sau care să rezulte din coroborarea unor acte normative cu forță juridică diferită.

Așadar, realizarea regulii legată de accesibilitate e condiționată de mai mulți factori precum: alegerea formei exterioare a reglementării, alegerea modalității de reglementare, care se referă la opțiunea legiuitorului în legătură cu un anumit mod de impunere a conduitei prescise subiecților de drept și utilizarea procedeeleor de stabilire a unor noțiuni sintetice, într-un limbaj adecvat, printr-un instrument logic potrivit construcției normative⁶.

Spre exemplu, referitor la calitatea legii de a fi „previzibilă” și „accesibilă”, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a arătat în cauza Sud Fondi SRL și alții c. Italiei, hotărârea din 20 ianuarie 2009⁷, că deși art. 7 din Convenție nu menționează în mod expres legătura de ordin subiectiv între elementul material al infracțiunii și persoana considerată ca autor al acesteia, logica noțiunilor de „pedeapsă” și de „pedepsire”, precum și termenii de vinovat („guilty” în versiunea engleză), respectiv persoană vinovată („personne coupable” în versiunea franceză) impun interpretarea textului în sensul că, pentru a aplica o anumită pedeapsă, trebuie să existe o legătură intelectuală (de conștiință și de voință) ce permite evidențierea unui element de responsabilitate în conduita autorului material al infracțiunii. În lipsa acestui element, pedeapsa nu ar mai fi justificată, deoarece ar părea ca lipsit de coerență ca, pe de o parte, să se pretindă ca o bază legală să fie accesibilă și previzibilă, iar, pe de altă parte, o persoană să fie considerată vinovată și pedepsită în situația în care ea nu a fost în măsură să cunoască

³ Cauza *Groppera Radio AG și alții c. Elveției*, Hot. din 28 martie 1990, par. 68, www.echr.coe.int.

⁴ Cauza *Tolstoy Miloslavsky c. Regatului Unit*, Hot. din 13 iulie 1995, par. 37, www.echr.coe.int.

⁵ Cauza *Cantoni c. Franței*, Hot. din 15 noiembrie 1996, par. 35, www.echr.coe.int.

⁶ G.C. Mihai, R.I. Motica, *op. cit.*, pp. 144-145.

⁷ www.echr.coe.int, *Constituția României*, ediție îngrijită și adnotată de Tudorel Toader și Marieta Safta, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 109-110.

legea penală datorită unei erori invincibile total neimputabile celui în cauză. De aceea, un cadru legislativ ce nu permite unui „acuzat,” să cunoască sensul și întinderea legii penale este necorespunzător nu numai prin raportare la noțiunile generale de „calitate” a legii, ci și prin luarea în considerare a exigențelor specifice noțiunii de „legalitate penală”.

Curtea a avut ocazia să se pronunțe asupra accesibilității și previzibilității legii penale și în cauza *K.A. și A.D. c. Belgiei* (2005), în care reclamantii contestau aceste caracteristici ale legii penale belgiene privind incriminarea prostituției și practicilor sado-masochiste. Situația a fost însă diferită în acest caz, întrucât s-a constatat că nu a existat o încălcare a cerințelor prevederilor art. 7 din Convenție, câtă vreme reclamantii, cu bună știință, au închiriat localuri private pentru a se deda la astfel de practici, despre care știau că sunt interzise prin regulamentele cluburilor, existând riscul – asumat și conștientizat – de a fi incriminați pentru vătămări corporale.

Recent, într-o cauză în care chiar România a fost parte⁸, se arată că modul de redactare a legilor nu este întotdeauna precis. Aceasta înseamnă că multe sunt inevitabil formulate în termeni care, într-o manieră mai mare sau mai mică, sunt vagi, iar interpretarea și aplicarea lor sunt lăsate în seama practicii. Prin urmare, în orice sistem de drept, oricât de clară ar fi o dispoziție legală, inclusiv una de drept penal, există un element inevitabil de interpretare judiciară și va fi întotdeauna nevoie de elucidarea aspectelor îndoielnice și de adaptare la schimbările de situație.

Deși claritatea legii este ceva de dorit, se poate ajunge la o rigiditate excesivă, iar legea trebuie să fie capabilă să țină pasul cu schimbările de situație.

Apreciem că legiuitorul trebuie să fie permanent preocupat de precizarea și definirea noțiunilor cu care operează, cu atât mai mult cu cât unele dintre definiții sunt cuprinse în lege și de strictă interpretare. În legislația noastră, în materie penală, atât Codul Penal de la 1969, cât și Legea nr. 286/2009 privind Codul Penal⁹, definesc în Partea Generală, titlul X, înțelesul unor termeni sau expresii din legea penală, tocmai pentru ca justițiabilul să cunoască, plecând de la textul dispoziției pertinente, acțiunile și inacțiunile care atrag răspunderea penală, cât și sancțiunile penale care pot fi aplicate în urma acțiunii sau omisiunii. În acest sens, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, prin Hotărârea din 22 iunie 2000, pronunțată în Cauza *Coome ș.a. c. Belgiei* (par. 145), reiterând jurisprudența sa anterioară, arată că art. 7 din Convenție prevede, printre altele, principiul că numai legea poate defini o crimă și prescrie o pedeapsă (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) și, de asemenea, stabilește principiul că legea penală nu trebuie să fie interpretată extensiv în detrimentul acuzatului. Rezultă că infracțiunile și pedepsele relevante trebuie să fie clar definite de lege, cerință care este îndeplinită numai în cazul în care individul își poate da seama din conținutul dispoziției legale care sunt actele sau omisiunile care angajează răspunderea sa penală.

În prezent, în România, normele de tehnică legislativă deși „nu au valoare constituțională, (...) prin reglementarea acestora legiuitorul a impus o serie de criterii obligatorii pentru adoptarea oricărui act normativ, a căror respectare este necesară pentru a asigura sistematizarea, unificarea și coordonarea legislației, precum și conținutul și forma juridică adecvate pentru fiecare act normativ. Astfel, respectarea acestor norme concură la asigurarea unei legislații care respectă principiul securității raporturilor juridice, având

⁸ *Pleshkov c. României*, Hot. din 16 septembrie 2014, www.echr.coe.int.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

claritatea și previzibilitatea necesară”. De aceea, „nerespectarea normelor de tehnică legislativă determină apariția unor situații de incoerență și instabilitate, contrare principiului securității raporturilor juridice în componenta sa referitoare la claritatea și previzibilitatea legii”¹⁰.

Potrivit art. 8 alin. (4) teza întâi din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative¹¹, „textul legislativ trebuie să fie formulat clar, fluent și inteligibil, fără dificultăți sintactice și pasaje obscure sau echivoce”, iar potrivit art. 36 alin. (1) din aceeași lege, „actele normative trebuie redactate într-un limbaj și stil juridic specific normativ, concis, sobru, clar și precis, care să excludă orice echivoc, cu respectarea strictă a regulilor gramaticale și de ortografie”.

În acest context, apreciem că orice act normativ trebuie să se integreze organic în sistemul legislației, acesta trebuind să poată fi corelat cu prevederile actelor normative de nivel superior sau de același nivel cu care se află în conexiune. Pentru sublinierea unor conexiuni legislative se utilizează norma de trimitere, care operează întotdeauna între acte normative cu aceeași forță juridică.

Referitor la cerințele de claritate, precizie și previzibilitate ale legii procesual penale române, Curtea Constituțională a României a statuat, în mod repetat, în jurisprudența sa, obligația legiuitorului de a edicta norme clare, precise și previzibile. Astfel, prin Decizia nr. 553 din 16 iulie 2015¹², s-a reținut că, în contextul normativ al măsurii arestului preventiv, aceste cerințe influențează, în mod direct și nemijlocit, dreptul persoanei la un proces echitabil, privit ca o garanție, în acest caz, a libertății individuale. În acest sens, s-a arătat că standardul constituțional de protecție a libertății individuale impune ca limitarea acesteia să se realizeze într-un cadru normativ care, pe de o parte, să stabilească expres cazurile de limitare a acestei valori constituționale, iar, pe de altă parte, să prevadă într-un mod clar, precis și previzibil, aceste cazuri.

De asemenea, cu privire la cerințele de claritate, precizie și previzibilitate a legii, în materie penală, prin Decizia nr. 363 din 7 mai 2015¹³ și Decizia nr. 553 din 16 iulie 2015¹⁴, instanța de contencios constituțional a reținut că, în ipoteza infracțiunilor, inclusiv a celor reglementate în domeniul fiscal, legiuitorul trebuie să indice în mod clar și neechivoc obiectul material al acestora în chiar cuprinsul normei legale sau acesta să poată fi identificat cu ușurință prin trimiterea la un alt act normativ cu care textul incriminator se află în conexiune, în vederea stabilirii existenței sau inexistenței infracțiunii. Prin aceeași decizie s-a constatat că, dacă legiuitorul își respectă numai din punct de vedere formal competența constituțională de a legifera, fără ca prin conținutul normativ al textului incriminator să stabilească cu claritate și precizie obiectul material al infracțiunii, aceasta poate determina o lipsă de previzibilitate a respectivului text.

Tot pe calea controlului de constituționalitate a posteriori Curtea Constituțională a României s-a pronunțat și asupra constituționalității anumitor sintagme sau expresii conținute de normele de drept penal în vigoare, cu privire la îndeplinirea condițiilor de calitate stabilite în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului. Spre exemplu:

¹⁰ Dec. CCR nr. 448 din 29 octombrie 2013, publicată în M. Of. nr. 5 din 7 ianuarie 2014.

¹¹ Republicată în M. Of. nr. 260 din 21 aprilie 2010.

¹² Publicată în M. Of. nr. 707 din 21 septembrie 2015.

¹³ Publicată în M. Of. nr. 495 din 6 iulie 2015, par. 24 și 25.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 707 din 21 septembrie 2015, par. 23.

sintagma „raporturi comerciale” din cuprinsul dispozițiilor art. 301 alin. (1) din Legea nr. 286/2009 privind Codul penal imprimă un caracter lipsit de claritate, precizie și previzibilitate obiectului juridic al infracțiunii de conflict de interese, punând destinatarul normei în situația de a nu își putea ordona conduita în raport cu o normă de incriminare care nu respectă condițiile de calitate ale legii¹⁵; sintagma „ori de alte organe specializate ale statului” din cuprinsul art. 142 alin. (1) din Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală¹⁶ apare ca fiind lipsită de claritate, precizie și previzibilitate, nepermițând subiecților să înțeleagă care sunt aceste organe abilitate să realizeze măsuri cu un grad ridicat de intruziune în viața privată a persoanelor¹⁷, atâta timp cât această noțiune nu ne apare definită în mod expres sau măcar indirect în Codul de procedură penală și nici nu este prevăzut în normă domeniul de activitate specific acestor organe.

După cum se poate observa, pornind de la considerentele de principiu dezvoltate în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, Curtea Constituțională a României, a pus, în mod esențial, accentul pe respectarea exigențelor de calitate a legislației interne, legislație care, pentru a fi compatibilă cu principiul preeminenței dreptului, trebuie să îndeplinească cerințele de accesibilitate (normele care guvernează materia interceptării comunicațiilor trebuie reglementate la nivel de lege), claritate (normele trebuie să aibă o redactare fluentă și inteligibilă, fără dificultăți sintactice și pasaje obscure sau echivoce, într-un limbaj și stil juridic specific normativ, concis, sobru, cu respectarea strictă a regulilor gramaticale și de ortografie), precizie și previzibilitate (*lex certa*, norma trebuie să fie redactată clar și precis, astfel încât să permită oricărei persoane – care, la nevoie, poate apela la consultanță de specialitate – să își corecteze conduita și să fie capabilă să prevadă, într-o măsură rezonabilă, consecințele care pot apărea dintr-un act determinat). Aceste exigențe trebuie să fie inerente oricărui act normativ, cu atât mai mult unei reglementări care dă dreptul autorităților publice de a interveni în viața intimă, familială și privată, precum și dreptul de a accesa corespondența persoanelor sau de a limita libertatea personală¹⁸.

¹⁵ Dec. nr. 603 din 6 octombrie 2015, publicată în M. Of. nr. 845 din 13 noiembrie 2015.

¹⁶ Publicat în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

¹⁷ Dec. nr. 51 din 16 februarie 2016, publicată în M. Of. nr. 190 din 14 martie 2016.

¹⁸ *Idem*.

RĂSPUNDEREA PENALĂ ÎN DOMENIUL INFORMATIC

*Mihnea Alexandru CERCHEZ**

Abstract:

Legal reality is an essential component of social reality and should therefore be required to adapt legal liability, in general, and criminal liability, in particular, to new requirements arising from the evolution of society.

In the context of the continuous evolution of the society, the technological revolution, resulting in the interconnection and also in the interrelation of various forms of communication by joint application and use of data transmission, has influenced the criminal law institutions and criminal proceedings law institutions.

Cybercrime regulation marks an important moment in the evolution of Romanian criminal law, related to the interest of protecting the society against cybercrime in the context of significant changes caused by digitalization, convergence and continuous globalization of computer networks, thereby criminalizing acts directed against the confidentiality, integrity and availability of computer systems, networks and data, and the criminalizing fraudulent use of such systems, networks and data.

Our country's legislation is called upon to continuously adapt to new challenges related to the need to ensure an appropriate balance between the interests of repressive action and compliance with the fundamental human rights, covered by international treaties on human rights, which reaffirm the right of every human being to opinion, freedom of expression and freedom to seek, to obtain and to impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, and also to the need to increase the efficiency of criminal investigations and proceedings concerning the offenses related to computer systems and data.

Keywords: *criminal liability, computer system, computer data, software*

În dinamica realităților societății contemporane, instituțiile dreptului sunt provocate, în mod inevitabil, la schimbare prin adaptarea vechilor instituții, concepte și principii la noile imperative ale societății. Realitatea juridică este o componentă esențială a realității sociale, impunându-se astfel adaptarea răspunderii juridice, în general, dar și a răspunderii penale, în special, noilor exigențe decurgând din evoluția societății.

În contextul evoluției continue a societății, revoluția tehnologică, având drept consecință interconectarea, dar și inter-relaționarea unor forme variate de comunicare prin aplicarea și utilizarea comună a transmisiilor de date, a influențat instituțiile dreptului penal, dar și instituțiile dreptului procesual penal. Rețeaua de comunicații, într-o continuă expansiune, creează noi premise pentru activitatea infracțională, nu doar în ceea ce privește infracțiunile consacrate, tradiționale, dar și în ceea ce privește infracțiunile noi determinate de tehnologia actuală. Astfel, dreptul penal, dreptul procesual penal, dar și tehnicile de investigare sunt provocate să țină pasul cu noile fapte, săvârșite în contextul evoluției tehnologice, impunându-se reglementarea și adaptarea

* Mediator, Cerchez & Asociații SCPM; e_mail: cerchezalex@yahoo.com

mijloacelor de protecție în scopul prevenirii aplicării abuzive a noilor dispoziții procedurale.

În domeniul informatic, o provocare esențială în combaterea criminalității constă în dificultatea identificării infractorului și determinării impactului actului infracțional, raportat la volatilitatea datelor și informațiilor informatice.

Legislația din țara noastră tinde să se adapteze noilor provocări, un prim pas în acest sens fiind ratificarea dispozițiilor Convenției Consiliului Europei privind criminalitatea informatică, reglementând ulterior, atât prin dispoziții de drept substanțial, dar și prin dispoziții procedurale, activitatea organelor de cercetare penală în investigarea infracțiunilor informatice¹.

Reglementarea infracțiunilor informatice marchează un moment important în procesul evoluției dreptului penal român, raportat la interesul protejării societății împotriva criminalității informatice în contextul unor schimbări profunde determinate de digitalizarea, convergența și globalizarea continuă a rețelelor de calculatoare, asigurând astfel incriminarea actelor îndreptate împotriva confidențialității, integrității și disponibilității sistemelor informatice, a rețelelor și a datelor, dar și utilizarea frauduloasă a unor asemenea sisteme, rețele și date.

În țara noastră, o primă reglementare juridică însemnată, atât din perspectivă juridică, dar și din perspectivă practică, incidentă în materia criminalității informatice a fost Legea nr. 161 din 4 septembrie 2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței și exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției care reglementa în Titlul III intitulat „Prevenirea și combaterea criminalității informatice” un set de 7 infracțiuni în concordanță cu dispozițiile Convenției Consiliului Europei privind criminalitatea informatică².

Scopul acestui act normativ este prevenirea și combaterea criminalității informatice, prin măsuri specifice de prevenire, descoperire și sancționare a infracțiunilor săvârșite prin intermediul sistemelor informatice, asigurându-se respectarea drepturilor omului și protecția datelor personale.

Convenția Consiliului Europei privind criminalitatea informatică instituie cadrul general pentru descoperirea, investigarea și urmărirea penală a acestor infracțiuni, atât la nivel național, cât și internațional și, totodată, pentru asigurarea unei cooperări internaționale intensificate, rapide și eficiente în materie penală, raportat la necesitatea garantării unui echilibru adecvat între interesele acțiunii represive și respectarea drepturilor fundamentale ale omului, consacrate prin Convenția Consiliului Europei pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (1950), Pactul internațional privind drepturile civile și politice al Națiunilor Unite (1966), precum și prin alte tratate internaționale aplicabile în materia drepturilor omului, care reafirmă dreptul fiecăruia la opinie, libertatea de expresie, precum și libertatea de a căuta, de a obține și de a comunica informații și idei de orice natură, fără a ține seama de frontiere, precum și drepturile privind respectarea intimității și a vieții private și, nu în ultimul

¹ Convenția Consiliului Europei privind criminalitatea informatică, ratificată de către România prin Legea nr. 64 din 24 martie 2004, publicată în M. Of. nr. 343 din 20 aprilie 2004.

² Legea nr. 161 din 4 septembrie 2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței și exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, publicată în M. Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003.

rând, dreptul la protecția datelor personale, conferit prin Convenția Consiliului Europei pentru protejarea persoanelor față de prelucrarea automatizată a datelor cu caracter personal.

Din perspectivă practică, aplicarea dispozițiilor legale relative la criminalitatea informatică a generat reale controverse atât în plan internațional, dar și în plan național, marea majoritate a statelor semnatare limitându-se strict la consacrarea legislativă a infracțiunilor informatice, fără a institui norme metodologice menite să vină în sprijinul organelor judiciare, ceea ce a generat o jurisprudență inconstantă la nivel național.

În materia criminalității informatice, noul Cod penal³ în vigoare începând cu data de 1 februarie 2014 reglementează în Capitolul VI infracțiunile contra siguranței și integrității sistemelor și datelor informatice, preluând infracțiunile din vechea lege 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței și exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, dar și alte infracțiuni reglementate în legi speciale.

Infraacțiunile informatice reprezintă în contextul noii legislații, un domeniu al cărui specific impune un efort continuu de adaptare legislativă la metodele infracționale inovative utilizate de potențialii făptuitori.

În lumina dispozițiilor noului Cod penal sunt încriminate ca infracțiuni contra siguranței și integrității sistemelor și datelor informatice următoarele fapte: accesul ilegal la un sistem informatic, interceptarea ilegală a unei transmisii de date informatice, alterarea integrității datelor informatice, perturbarea funcționării sistemelor informatice, transferul neautorizat de date informatice, operațiuni ilegale cu dispozitive sau programe informatice.

Conform dispozițiilor art. 360 NCP, accesul, fără drept, la un sistem informatic se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă, iar dacă fapta este săvârșită în scopul obținerii de date informatice, pedeapsa este închisoarea de la 6 luni la 5 ani. Totodată, dacă fapta este săvârșită cu privire la un sistem informatic la care accesul este restricționat sau interzis pentru anumite categorii de utilizatori, prin intermediul unor proceduri, dispozitive sau programe specializate, pedeapsa este închisoarea de la 2 la 7 ani.

Noul Cod penal incriminează prin dispozițiile art. 361 interceptarea, fără drept, a unei transmisii de date informatice care nu este publică și care este destinată unui sistem informatic, provine dintr-un asemenea sistem sau se efectuează în cadrul unui sistem informatic, pedeapsa fiind închisoarea de la 1 la 5 ani. Cu aceeași pedeapsă se sancționează și interceptarea, fără drept, a unei emisii electromagnetice provenite dintr-un sistem informatic, ce conține date informatice care nu sunt publice.

Din perspectiva dispozițiilor art. 362 NCP fapta de a modifica, șterge sau deteriora date informatice ori de a restricționa accesul la aceste date, fără drept generând astfel alterarea integrității datelor informatice se pedepsește cu închisoarea de la 1 la 5 ani.

În lumina dispozițiilor art. 363 NCP este incriminată ca infracțiune și perturbarea funcționării sistemelor informatice constă în fapta de a perturba grav, fără drept, funcționarea unui sistem informatic, prin introducerea, transmiterea, modificarea, ștergerea sau deteriorarea datelor informatice sau prin restricționarea accesului la date

³ Noul Cod penal al României adoptat prin Legea nr. 286 din 17 iulie 2009, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

informatică, fiind pedepsită cu închisoarea de la 2 la 7 ani. Potrivit dispozițiilor art. 364, transferul neautorizat de date dintr-un sistem informatic sau dintr-un mijloc de stocare a datelor informatice se pedepsește cu închisoarea de la 1 la 5 ani.

Noul Cod penal incriminează prin art. 365 operațiunile ilegale cu dispozitive sau programe informatice: fapta persoanei care, fără drept, produce, importă, distribuie sau pune la dispoziție sub orice formă dispozitive sau programe informatice concepute sau adaptate în scopul comiterii uneia dintre infracțiunile prevăzute în art. 360-364, dar și parole, coduri de acces sau alte asemenea date informatice care permit accesul total sau parțial la un sistem informatic, în scopul săvârșirii uneia dintre infracțiunile prevăzute în art. 360-364, sub sancțiunea pedepsei cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă; deținerea, fără drept, a unui dispozitiv, a unui program informatic, a unei parole, a unui cod de acces sau a altor date informatice, în scopul săvârșirii uneia dintre infracțiunile prevăzute în art. 360-364, sub sancțiunea pedepsei cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă.

Conform dispozițiilor art. 366 NCP, tentativa la infracțiunile contra siguranței și integrității sistemelor și datelor informatice se pedepsește.

Noul Cod penal definește în Titlul X intitulat „Înțelesul unor termeni sau expresii în legea penală” prin dispozițiile art. 181 sistemul informatic și datele informatice. Astfel, în acord cu dispozițiile art. 181 alin. (1) NCP prin sistem informatic se înțelege orice dispozitiv sau ansamblu de dispozitive interconectate sau aflate în relație funcțională, dintre care unul sau mai multe asigură prelucrarea automată a datelor, cu ajutorul unui program informatic. Potrivit alin. (2) al aceluiași articol, prin date informatice se înțelege orice reprezentare a unor fapte, informații sau concepte într-o formă care poate fi prelucrată printr-un sistem informatic.

În ceea ce privește înțelesul atribuit unor termeni sau expresii de legea penală trebuie menționat faptul că noul Cod penal nu a abrogat dispozițiile art. 35 din Legea nr. 161 din 4 septembrie 2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței și exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției privind înțelesul unor termeni și expresii, respectiv sistem informatic, date informatice, prelucrare automată a datelor, program informatic, furnizor de servicii, date referitoare la traficul informațional, date referitoare la utilizatori, măsuri de securitate, materiale pornografice cu minori. Totodată, Legea de aplicare a Codului penal nr. 187/2012⁴ nu a abrogat dispozițiile art. 35 din Legea nr. 161/2003.

Așadar, noul Cod penal, fără a abroga dispozițiile art. 35 din Legea nr. 161 din 4 septembrie 2003 privind înțelesul unor termeni și expresii, a preluat doar două definiții redate în acest articol, relative la sistemul informatic și datele informatice, astfel încât putem concluziona în sensul că, pentru a decela înțelesul celorlalte noțiuni incidente în materie, trebuie să recurgem la deja celebrul art. 35 și, nu în ultimul rând, la dispozițiile Convenției Consiliului Europei privind criminalitatea informatică ale cărei dispoziții relative la înțelesul unor termeni și expresii, au fost fidel preluate de art. 35.

Din perspectiva dispozițiilor art. 35 din Legea nr. 161 din 4 septembrie 2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței și exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, prin

⁴ Legea nr. 187 din 24 octombrie 2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286 din 17 iulie 2009 privind Codul penal, publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

prelucrare automată a datelor se înțelege procesul prin care datele dintr-un sistem informatic sunt prelucrate prin intermediul unui program informatic, iar prin program informatic se înțelege un ansamblu de instrucțiuni care pot fi executate de un sistem informatic în vederea obținerii unui rezultat determinat.

În acord cu dispozițiile art. 35 prin furnizor de servicii se înțelege orice persoană fizică sau juridică ce oferă utilizatorilor posibilitatea de a comunica prin intermediul sistemelor informatice și orice altă persoană fizică sau juridică ce prelucrează sau stochează date informatice pentru persoanele fizice sau juridice ce oferă utilizatorilor posibilitatea de a comunica prin intermediul sistemelor informatice și pentru utilizatorii serviciilor oferite de acestea.

Datele referitoare la traficul informațional sunt acele date informatice referitoare la o comunicare realizată printr-un sistem informatic și produse de acesta, care reprezintă o parte din lanțul de comunicare, indicând originea, destinația, ruta, ora, data, mărimea, volumul și durata comunicării, precum și tipul serviciului utilizat pentru comunicare, iar datele referitoare la utilizatori implică orice informație care poate conduce la identificarea unui utilizator, incluzând tipul de comunicație și serviciul folosit, adresa poștală, adresa geografică, numere de telefon sau alte numere de acces și modalitatea de plată a serviciului respectiv, precum și orice alte date care pot conduce la identificarea utilizatorului. Prin măsuri de securitate se înțelege în accepțiunea dispozițiilor art. 35 folosirea unor proceduri, dispozitive sau programe informatice specializate cu ajutorul cărora accesul la un sistem informatic este restricționat sau interzis pentru anumite categorii de utilizatori.

Trebuie menționat, totodată, faptul că Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale⁵, abrogă prin dispozițiile art. 62 dispozițiile de procedură privind criminalitatea informatică instituite prin art. 54-58 din Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției.

Noul Cod de procedură penală, în Capitolul IV destinat metodelor speciale de supraveghere sau cercetare al Titlului IV intitulat „Probele, mijloacele de probă și procedeele probatorii”, reglementând metodele speciale de supraveghere, respectiv interceptarea comunicațiilor ori a oricărui tip de comunicare la distanță, accesul la un sistem informatic, supravegherea video, audio sau prin fotografiere, localizarea sau urmărirea prin mijloace tehnice, obținerea datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane, reținerea, predarea sau percheziționarea trimiterilor poștale, utilizarea investigatorilor sub acoperire și a colaboratorilor, participarea autorizată la anumite activități, livrarea supravegheată definește sistemul informatic și datele informatice.

În accepțiunea dispozițiilor art. 138 alin. (4) NCPP prin sistem informatic se înțelege orice dispozitiv sau ansamblu de dispozitive interconectate ori aflate în relație funcțională, dintre care unul sau mai multe asigură prelucrarea automată a datelor, cu ajutorul unui program informatic. În accepțiunea dispozițiilor 138 alin. (5) NCPP, prin

⁵ Legea nr. 255 din 19 iulie 2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135 din 1 iulie 2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative, publicată în M. Of. nr. 515 din 14 august 2013.

date informatice se înțelege orice reprezentare de fapte, informații sau concepte sub o formă adecvată prelucrării într-un sistem informatic, inclusiv un program capabil să determine executarea unei funcții de către un sistem informatic.

În acord cu dispozițiile Convenției Consiliului Europei privind criminalitatea informatica, legiuitorul român tinde la adaptarea măsurilor procesuale consacrate precum percheziția, ridicarea de obiecte sau înscrisuri, din mediul tehnologic.

Totodată, au fost reglementate noi instituții precum conservarea datelor informatice ori a datelor referitoare la traficul informațional, ca o garanție că aplicarea măsurilor de strângere a probelor, pot fi efectiv aplicate în mediul tehnologic volatil. Noul Cod de procedură penală consacră astfel un capitol întreg conservării datelor informatice. În acord cu dispozițiile art. 154 din Capitolul V intitulat „Conservarea datelor informatice” dacă există o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni, în scopul strângerii de probe ori identificării făptuitorului, suspectului sau a inculpatului, procurorul care supraveghează sau efectuează urmărirea penală poate dispune conservarea imediată a anumitor date informatice, inclusiv a datelor referitoare la traficul informațional, care au fost stocate prin intermediul unui sistem informatic și care se află în posesia sau sub controlul unui furnizor de rețele publice de comunicații electronice ori unui furnizor de servicii de comunicații electronice destinate publicului, în cazul în care există pericolul pierderii sau modificării acestora.

Întrucât, datele informatice nu sunt stocate întotdeauna pe suport informatic, existând astfel posibilitatea ca acestea să fie transmise în procesul comunicării, au fost adoptate o serie de măsuri, precum interceptarea și înregistrarea convorbirilor, fiind create astfel premisele colectării datelor informatice.

În vederea angajării răspunderii penale în domeniul informatic, autoritățile judiciare române cooperează în mod direct, în condițiile legii și cu respectarea obligațiilor decurgând din instrumentele juridice internaționale la care România este parte, cu instituțiile având atribuții similare din alte state, precum și cu organizațiile internaționale specializate în domeniu.

Cooperarea, poate avea ca obiect, după caz, asistența judiciară internațională în materie penală, extrădarea, identificarea, blocarea, sechestrarea și confiscarea produselor și instrumentelor infracțiunii, desfășurarea anchetelor comune, schimbul de informații, asistența tehnică sau de altă natură pentru culegerea și analiza informațiilor, formarea personalului de specialitate, precum și alte asemenea activități.

În vederea prevenirii și combaterii criminalității informatice, la solicitarea autorităților competente române sau ale altor state, pe teritoriul României se pot desfășura anchete comune în baza acordurilor bilaterale sau multilaterale încheiate de autoritățile competente. Totodată, reprezentanții autorităților competente române pot participa la anchete comune desfășurate pe teritoriile ale altor state, cu respectarea legislației respectivei state.

Pentru asigurarea cooperării internaționale imediate și permanente în domeniul combaterii criminalității informatice s-au înființat, în cadrul Secției de Combateră a Criminalității Organizate și Antidrog din Parchetul de pe lângă Curtea Supremă de Justiție, Serviciul de combatere a criminalității informatice, ca punct de contact disponibil permanent.

Serviciul de combatere a criminalității informatice în exercitarea atribuțiilor legale, acordă asistență de specialitate și oferă date despre legislația română în materie punctelor de contact similare din alte state, dispune conservarea imediată a datelor, precum și ridicarea obiectelor care conțin datele informatice sau datele referitoare la traficul informațional solicitate de o autoritate străină competentă, execută sau facilitează executarea, potrivit legii, a comisiilor rogatorii solicitate în cauze privind combaterea criminalității informatice, cooperând cu toate autoritățile române competente.

În cadrul cooperării internaționale, autoritățile străine competente pot solicita Serviciului de combatere a criminalității informatice conservarea imediată a datelor informatice ori a datelor referitoare la traficul informațional, existente într-un sistem informatic de pe teritoriul României, cu privire la care autoritatea străină urmează să formuleze o cerere de asistență judiciară internațională în materie penală.

Legislația din țara noastră este chemată să se adapteze continuu noilor provocări, raportat la necesitatea garantării unui echilibru adecvat între interesele acțiunii represive și respectarea drepturilor fundamentale ale omului, consacrate prin Convenția Consiliului Europei pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și prin alte tratate internaționale aplicabile în materia drepturilor omului, care reafirmă dreptul fiecăruia la opinie, libertatea de expresie, precum și libertatea de a căuta, de a obține și de a comunica informații și idei de orice natură, fără a ține seama de frontiere, dar și la necesitatea creșterii eficienței anchetelor și procedurilor penale având ca obiect infracțiunile în legătură cu sistemele și datele informatice.

10 ANI DE LA ADERAREA ROMÂNIEI LA UNIUNEA EUROPEANĂ. IMPACTUL ASUPRA EVOLUȚIEI LEGISLAȚIEI PENALE ROMÂNE

Ion IFRIM*

Abstract:

The author of scholarly communication first, shows what powers the European Union on the criminal laws of the Member States, and then examines some of the provisions of the Criminal Code in force (the general and special) to check if confirmed and the limits within which hopes European Union harmonization legislation as criminal law of the Member States. In conclusion, the author proposes the Romanian legislature to conduct a critical evaluation of the laws and even the experience of foreign criminal laws and regulatory acquire those solutions likely to correspond to the reality of our society.

Keywords: *accession, EU law, the European Union's powers, the Romanian criminal law, comparative law.*

1. Așa cum se știe, din 2007, anul aderării țării noastre¹, ca stat membru la Uniunea Europeană², și până în prezent, s-au produs schimbări majore, inclusiv și pe acel al reevaluării întregii legislații penale cu ansamblul legislativ al Uniunii Europene.

2. În acest context, ne întrebăm mai întâi care sunt *competențele* Uniunii Europene³ asupra legislațiilor penale naționale ale statelor membre? (A) iar apoi, dacă legiuitorul român a fost în măsură să răspundă noilor solicitări cu care a fost confruntată legislația

* Cercetător științific gr. II la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; email: ionut_ifrim24@yahoo.com

¹ Despre acest aspect, a se vedea, pe larg, atât Capitolul VII, *Tratatul de aderare a României la UE*, Augustin Fuerea, *Manualul Uniunii Europene*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 300-318, cât și adresa de email www.mae.ro.

² A se vedea Ioan Humă, *Noos juridic. Valorile identitare în fața globalizării*, Culegere de Studii, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 129-258.

³ Amintim că, odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona (1 decembrie 2009), structura pe piloni a Uniunii Europene a fost desființată, iar Comunitatea Europeană a dispărut, fiind înglobată și înlocuită de Uniunea Europeană. Prin urmare, a dispărut și *dihotomia* dintre dreptul comunitar (fostul pilon I al UE privind Comunitatea Europeană) și dreptul Uniunii Europene (fostul pilon III al UE privind cooperarea în domeniul penal). Sub acest aspect, se poate afirma că domeniul penal a devenit un domeniu ca oricare altul în cadrul politicilor Uniunii Europene, urmând a-i fi aplicabile, în principiu, aceleași reguli ca cele care guvernează *ansamblul politicilor Uniunii*. A se vedea, în acest sens, Augustin Fuerea, *Aspecte evolutive ale mecanismului decizional potrivit Tratatului de la Lisabona*, în lucrarea *Dinamica dreptului românesc după aderarea la Uniunea Europeană*, Comunicări prezentate la sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice, 2010, Ed. Universul Juridic, p. 755 și urm; Constanța Mătășescu, Steluța Ionescu, *Controlul aplicării de către statele membre a dreptului Uniunii Europene. Noutăți în tratatul de la Lisabona*, Comunicări prezentate la sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice, 2010, Ed. Universul Juridic, p. 783 și urm;

noastră penală referitoare la *corelarea* legislației penale române cu cerințele *ordinii juridice europene*⁴? (B)

A. Referindu-ne la *prima* întrebare, doctrina penală a răspuns că în temeiul *principiului atribuirii de competență*, (principiu fundamental al legislației Uniunii Europene⁵), Uniunea Europeană acționează *numai* în limitele competențelor care i-au fost atribuite de statele membre prin tratate pentru realizarea obiectivelor stabilite prin aceste tratate. Prin urmare, rezultă că orice competență care *nu* este atribuită Uniunii prin tratate *aparține* statelor membre.

Pe lângă aceasta situație, s-a arătat în lucrările autorilor români de drept penal⁶, că exercitarea acestor competențe este reglementată și de *principiile subsidiarității* (Uniunea Europeană intervine *numai dacă* și în măsura în care obiectivele acțiunii preconizate *nu* pot fi realizate în mod satisfăcător de statele membre⁷) și *proporționalității* (acțiunea Uniunii Europene, în conținut și formă, *nu depășește* ceea ce este necesar pentru realizarea obiectivelor tratatelor⁸).

Mai precizăm faptul că, așa cum se desprinde din prevederile Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), competențele atribuite Uniunii asupra dreptului penal *național* sunt prevăzute în *mod explicit* în art. 82 și art. 83 TFUE. Astfel, din analiza art. 83 din TFUE, Titlul V al TFUE⁹, rezultă, *două* reguli de bază în materia competenței penale a Uniunii Europene.

În primul rând, în dispoziția cuprinsă în alin. (1) al art. 83 din TFUE, se arată că Uniunea Europeană poate *adopta directive*¹⁰ în conformitate cu procedura *legislativă*

⁴ Sub acest aspect, remarcăm că unii autori fac distincții între ordinea juridică internațională și ordinea statală, ordinea juridică internațională și ordinea juridică a Uniunii Europene, ordine publică, ordine de drept și ordine juridică. A se vedea, în acest sens, Emil Moroianu, *Raportul logico-teoretic dintre ordinea juridică internațională și ordinea juridică internă*, Revista Studii de Drept Românesc, nr. 1-2, pp. 33 și urm.; Roxana Munteanu, *Drept European, Evoluție-Instituții, Ordine Juridică*, Ed. Oscar Print, București, 1996, p. 342; Dumitra Popescu, *Raportul dintre dreptul internațional și dreptul comunitar*, în volumul *Dreptul românesc și Constituția Europeană*, vol. III, Ed. Tempus, București, 2005, p. 29, p. 34 și urm.; Florin Bogdan Lăcraru, *Dreptul și integrarea europeană. Aspecte majore din perspectiva teoriei generale a dreptului*, Ed. Sitech, Craiova, 2016, p. 36 și urm.

⁵ Pentru dezvoltări asupra acestei materii, a se vedea Augustin Fuerea, *Manualul Uniunii Europene*, ed. a VI-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 105.

⁶ A se vedea în detaliu, George Antoniu, *Implicațiile penale ale Constituției Europene*, în *Dreptul românesc și Constituția Europeană*, din comunicările prezentate la sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice, Ed. Tempus, vol. III, 2005, p. 9.

⁷ Despre acest aspect a se vedea, printre alții, Jean-François Renucci, *Droit, europée des droits de l'homme*, 2^e éd., LGDJ, 2001, p. 425; Roxana Munteanu, *Principiul subsidiarității în dreptul european*, Studii de drept românesc, nr. 1-2/1998, București, Ed. Academiei Române, p. 106 și urm.; Florin Bogdan Lăcraru, *Dreptul și integrarea europeană. Aspecte majore din perspectiva teoriei generale a dreptului*, p. 63.

⁸ Augustin Fuerea, *Manualul Uniunii Europene*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, p. 319. Florin Bogdan Lăcraru, *Dreptul și integrarea europeană. Aspecte majore din perspectiva teoriei generale a dreptului*, op. cit., p. 69. J.-F. Renucci, *Droit, europée des droits de l'homme*, 2^e éd., p. 426.

⁹ De observat că, *cooperarea judiciară în materie penală* este reglementată pe parcursul celor 5 articole ale Capitolului 4 din Titlul V al TFUE.

¹⁰ Amintim că, potrivit art. 288 TFUE, *directiva este obligatorie* pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele. Rezultă, așadar, că, alegerea directivei ca instrument de apropiere a legislațiilor penale prezintă avantajul că aceasta permite *armonizarea* (în plan orizontal între statele membre, după autorul Fuerea, nota

ordinară¹¹ prin care să stabilească norme minime cu privire la definirea infracțiunilor și a sancțiunilor în domenii ale criminalității *de o gravitate deosebită* de dimensiune transfrontalieră (art. 83 alin. (1))¹² ce rezultă din natura sau impactul acestor infracțiuni ori din nevoia specială de a le combate pornind de la o bază comună. Dar în afară de această situație, același articol (art. 83 din TFUE) prevede de asemenea, că Uniunea Europeană ca, prin intermediul unor directive, să *adopte norme minime* referitoare atât la *definirea infracțiunilor*, cât și la *definirea sancțiunilor penale* în anumite domenii expres menționate. În acest context, constatăm că art. 83 din TFUE *extinde competența penală* a Uniunii Europene în ceea ce privește *adoptarea de sancțiuni*.

Din examinarea acestor situații s-ar putea desprinde concluzia că *apropierea legislațiilor penale* prin adoptarea de norme minime *este mai pronunțată* decât *simpla cooperare* (sau coordonare), care *nu* presupune, în principiu, nicio modificare a legislațiilor naționale, însă mai puțin pronunțată decât *unificarea legislațiilor*, care implică *o identitate* a normelor naționale, atât în ceea ce privește litera lor, cât și interpretarea acestora. În acest sens, credem că un interes deosebit pentru o istorie conceptuală îl au și conceptele juridice (sintagmă hegeliană „istoria conceptelor” – *Begriffsgeschichte*)¹³ de *apropiere* și de *unificare*.

Analizând această problemă, profesorul George Antoniu¹⁴ a menționat că, în principal, legea penală este considerată expresie a suveranității naționale a fiecăruia dintre statele membre, atribut care nu dispare prin aderarea, ca stat membru la această organizație și ca atare, materia penală *nu* face obiectul *unificării legislative* la nivel

de subsol 912, p. 338) incriminărilor și a pedepselor *fără* să se aducă atingere suveranității penale a statelor membre, dat fiind că directiva *nu este direct* aplicabilă pe teritoriul statelor membre, ci are nevoie de o transpunere printr-un text național pentru a se putea crea sau modifica o normă de incriminare sau o pedeapsă. Trebuie menționat totuși că, în funcție de gradul de precizie a directivelor, marja de apreciere a statelor poate fi mai mult sau mai puțin largă. A se vedea, Jean Pradel, Geert Cortens, *op. cit.*, p. 435-436; Augustin Fuerea, p. 336-340.

¹¹ A se vedea pe larg, Mirela Gorunescu, *Competențele Curții de Justiție a Uniunii Europene în domeniul dreptului*, în *Dinamica dreptului românesc după aderarea la Uniunea Europeană*, Comunicări prezentate la sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice, 2010, Ed. Universul Juridic, p. 814. Aceeași idee apare și în lucrarea autorului, Augustin Fuerea, *Aspecte evolutive ale mecanismului decizional potrivit Tratatului de la Lisabona*, în *Dinamica dreptului românesc după aderarea la Uniunea Europeană*, *op. cit.*, p. 760. Chiar mai mult decât atât, autorul citat, menționează pe de o parte, care sunt domeniile în care se aplică procedura legislativă ordinară, iar pe de altă parte domeniile în care se aplică procedura legislativă specială potrivit Tratatului de la Lisabona, p. 761.

¹² Trebuie subliniat că, potrivit acestui text, aceste domenii ale criminalității (denumite și „euroinfracțiuni”) sunt următoarele: terorismul, traficul de persoane și exploatarea sexuală a femeilor și a copiilor, traficul ilicit de droguri, traficul ilicit de arme, spălarea banilor, corupția, contrafacerea mijloacelor de plată, criminalitatea informatică și criminalitatea organizată. Apoi, art. 83 alin. (1) TFUE prevede și o *clauză evolutivă* potrivit căreia „euroinfracțiuni” suplimentare pot fi definite, în funcție de evoluția criminalității, printr-o decizie a Consiliului Uniunii Europene, hotărând în unanimitate, după aprobarea Parlamentului European.

¹³ Emil Moroianu, *Pertinență și temporalitate ca note definitorii ale conceptului de drept natural*, în *Dinamica dreptului românesc după aderarea la Uniunea Europeană*, Comunicări prezentate la sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice, 2010, Ed. Universul Juridic, p. 325.

¹⁴ Pentru amănunte, a se vedea George Antoniu, *Legislația comunitară și legea penală*, în *Revista de Drept Penal* nr. 2/2000, p. 9-17; George Antoniu, *Dreptul penal și integrarea europeană*, în *Revista de Drept Penal* nr. 3/2001, pp. 9-46.

european. În sprijinul acestei păreri se invocă, necesitatea unei apropieri¹⁵ continue a dispozițiilor penale naționale ale statelor membre pentru a se putea face față în mod eficient pericolului pe care îl prezintă fenomenul criminalității la nivel european și mondial. De aceea, se susține în consecință, că alături de dreptul penal național ar exista un ansamblu de reguli comune pentru combaterea unui obiectiv comun, dar cu mijloace proprii fiecărei țări. În această viziune, caracterul de european este dat de problemele comune pe care le rezolvă, nu de faptul că ar fi emanația unui for european suprastatal¹⁶.

Nu mai puțin, de reamintit că idei apropiate s-au exprimat și în literatura juridică franceză. În acest sens, Jean Pradel și Geert Corstens¹⁷, au arătat că *nu există un drept penal al Uniunii Europene, ci numai sisteme de drept penal naționale cu dispoziții specifice*".

De altfel, însuși savantul Vintilă Dongoroz așa cum acesta a formulat, nu concepea posibilitatea unui drept penal internațional¹⁸. În justificarea acestei poziții teoretice, profesorul Dongoroz scria Desigur există o comunitate internațională există și o ordine juridică consimțită a comunității internaționale nu există însă o organizare juridică a comunității internaționale fiindcă o atare organizare presupune o putere superioară suveranității fiecărui stat (supra statală) putere care să impună statelor și supușilor acestora o ordine juridică comună. Aceasta înseamnă că neexistând o atare putere nu pot exista nici norme de drept penal internațional¹⁹. La această concluzie, au ajuns și autori italieni, de pildă Manzini, Maggiore, Bettiol, și alții.

Pornind de la aceste particularități, se poate spune că apropierea legislațiilor penale prin adoptarea de *norme minime* presupune o formă de armonizare a legislațiilor penale naționale prin referire la o normă supranațională care nu impune adoptarea de norme naționale identice. Acest proces conduce la un *consens* a legislațiilor naționale, respectând, în același timp, caracteristicile proprii ale dreptului național. În cazul Uniunii Europene, aceasta înseamnă că Uniunea adoptă normele de referință, iar statele membre își modifică legea națională în așa fel încât să asigure *compatibilitatea* normelor naționale cu normele supranaționale de referință²⁰.

Așa cum am arătat, Uniunea Europeană poate să adopte *norme minime* referitoare la definirea infracțiunilor și la prevederea sancțiunilor penale, art. 83 TFUE, având în vedere două situații distincte: pe de o parte, de domenii ale criminalității de o gravitate deosebită de dimensiune transfrontalieră (la care se referă art. 83 alin. (1) TFUE) și, pe de altă parte, de domenii care au făcut obiectul unor măsuri de armonizare la nivelul Uniunii Europene (la care se referă art. 83 alin. (2) TFUE, alineat care consacră la nivel legislativ *jurisprudența Curții de Justiție de la Luxemburg*²¹ din cele două cauze

¹⁵ A se vedea, pe larg, G. Antoniu, *op. cit.*, pp. 11-12, 15.

¹⁶ A se vedea G. Antoniu, *Drept penal european*, 2005, p. 3.

¹⁷ A se vedea J. Pradel, G. Carstens, *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris 1999, p. 16 și urm.

¹⁸ A se vedea teza de doctorat Nicolae-Bogdan Bulai, *Asistența juridică internațională în materie penală, între statele membre ale Consiliului Europei*, Manuscris, București, 2005, p. 8-17, exemplar depus la biblioteca Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române.

¹⁹ Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, București, 1939, p. 179.

²⁰ Mihai Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Sitech, Craiova, 2013, p. 100.

²¹ Pentru o documentare asupra practicii judiciare în materie, a se vedea, Mihail Niemesch, *Reflectarea jurisprudenței CJUE în hotărârile judecătorești interne pronunțate în materia dreptului penal. Culegere de jurisprudență*. Ed. Universitară, București, 2015.

introduse de Comisie împotriva Consiliului pentru anularea deciziilor-cadru care prevedeau sancțiuni penale în *domeniul protecției mediului*²²).

Prin dispoziția din alin. (2) al art. 83 TFUE²³ se prevede că în cazul în care apropierea legislațiilor statelor membre în materie penală se dovedește *indispensabilă* pentru a asigura punerea în aplicare eficientă a unei politici a Uniunii într-un domeniu care a făcut obiectul unor măsuri de armonizare, prin directive se pot stabili norme *minime referitoare* la definirea infracțiunilor și a sancțiunilor în domeniul în cauză.

Din examinarea reglementării dată art. 83 alin. (2) rezultă că, TFUE abilitează Uniunea Europeană să adopte norme minime referitoare la definirea infracțiunilor și a sancțiunilor în orice domeniu care a făcut obiectul unor măsuri de armonizare. Totuși, adoptarea acestor norme poate avea loc doar dacă acest lucru este indispensabil pentru a asigura punerea în aplicare eficientă a unei politici a Uniunii într-un astfel de domeniu în care există deja măsuri de armonizare.

După cum se poate observa, din formularea dispoziție citate, rezultă că legiuitorul nu enumera *infracțiuni specifice*, ci prevede anumite criterii de *natură juridică* a căror îndeplinire reprezintă o condiție prealabilă pentru adoptarea de dispoziții de drept penal la nivelul Uniunii Europene. Prin urmare, în acest domeniu va reveni un rol esențial instituțiilor Uniunii Europene, care vor trebui să decidă ce politici ale Uniunii necesită utilizarea dreptului penal ca instrument suplimentar de asigurare a punerii lor în aplicare, respectiv dacă să recurgă sau nu la sancțiuni de drept penal (în locul altor măsuri, precum sancțiunile administrative) ca instrument de asigurare a punerii în aplicare a acestora.

Pe lângă cele *două situații* prevăzute în art. 83, Tratatul de Funcționarea a Uniunii Europene prevede în art. 82 alin. (2) (domeniul de *procedura penală*), că Uniunea Europeană, *poate* adopta, *directive* prin care să stabilească norme minime referitoare la: admisibilitatea reciprocă a probelor între statele membre; drepturile persoanelor în procedura penală; drepturile victimelor criminalității și alte elemente speciale ale procedurii penale pe care Consiliul le-a identificat în prealabil printr-o decizie.

Trebuie precizat că, potrivit acestor texte, (art. 82 alin. (3) TFUE și art. 83 alin. (3) TFUE) există, o așa-numită „*frână de urgență*” la adoptarea unei directive care ar aduce atingere aspectelor fundamentale ale sistemului de justiție penală al unui stat membru. Astfel, în cazul în care un stat membru consideră că un proiect de directivă ar aduce atingere aspectelor fundamentale ale sistemului său de justiție penală, acesta poate solicita sesizarea Consiliului European. În acest caz, procedura legislativă ordinară se suspendă²⁴. În cazul în care Consiliul European ajunge la un consens, în termen de patru luni de la suspendare, retrimite proiectul Consiliului de Miniștri, prin aceasta încetând suspendarea procedurii legislative ordinare. În cazul în care nu se ajunge la un astfel de consens, directiva nu va putea fi adoptată, însă statele membre favorabile directivei – cu condiția de a fi cel puțin în număr de nouă – pot stabili o cooperare consolidată pe baza proiectului de directivă respectiv. Aceasta înseamnă că, deși un stat membru are drept de

²² Sub acest aspect, amintim că domeniul *protecției mediului* a fost deja recunoscut în *mod expres* de către Curtea de Justiție de la Luxemburg ca un domeniu în care pot fi prevăzute infracțiuni la nivel european. Vezi în acest sens, Mircea Duțu, *Introducere în dreptul penal al mediului*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 148, 153 și urm.

²³ Se poate observa că alineatul *transpune pe plan legislativ jurisprudența Curții de la Luxemburg* stabilită prin cele două cauze *Comisia/Consiliul* din 2005 și, respectiv, din 2007.

²⁴ Augustin Fuerea, *op. cit.*, p. 338.

veto la adoptarea directivei, celelalte state membre *vor putea totuși* adopta regulile prevăzute de directiva în cauză pe calea unei cooperări consolidate. Trebuie admis însă că regulile astfel adoptate vor fi aplicabile doar statelor membre participante la *cooperarea consolidată*.

Din analiza articolului rezultă, în mod clar, faptul că, Uniunea Europeană trebuie să țină cont de diferențele existente între tradițiile juridice și sistemele de drept ale statelor membre și ca atare, ar putea adopta norme minime *numai* în măsura în care este necesar pentru a facilita recunoașterea reciprocă a hotărârilor judecătorești, precum și cooperarea polițienească și judiciară în materie penală cu dimensiune transfrontalieră. În genere, adoptarea normelor minime *nu* împiedică statele membre să mențină sau să adopte un nivel mai ridicat de protecție a persoanelor.

Pe lângă aceste situații, Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene mai prevede și alte domenii în care Uniunea este abilitată să adopte norme de drept penal, respectiv pentru *combaterea fraudei*²⁵ care aduce atingere intereselor financiare ale Uniunii Europene, precum și pentru *combaterea rasismului și a xenofobiei*²⁶.

²⁵ În materia *de fraudă* art. 325 alin. (2) TFUE (ex-art. 280 alin. (2) TCE) prevede că statele membre trebuie să adopte, pentru a combate această fraudă, aceleași măsuri pe care le adoptă și pentru a combate fraudă care aduce atingere propriilor lor interese financiare, art. 325 alin. (4) TFUE (ex-art. 280 alin. (4) TCE) acordă Uniunii, în plus, competența de a adopta propriile măsuri în domeniul prevenirii și al combaterii fraudei care aduce atingere intereselor sale financiare. În temeiul acestor prevederi a fost adoptată Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene (Convenția PIF), precum și protocoalele adiționale la aceasta. De asemenea, în vederea transpunerii art. 3 din Convenția PIF referitor la răspunderea penală a șefilor de întreprindere, a fost incriminată încălcarea din culpă, de către director, administrator sau persoana cu atribuții de decizie sau de control în cadrul unui agent economic, a unei îndatoriri de serviciu, prin neîndeplinirea acesteia sau prin îndeplinirea ei defectuoasă, dacă a avut ca rezultat săvârșirea uneia dintre cele trei infracțiuni menționate anterior sau săvârșirea unei infracțiuni de corupție ori de spălare a banilor în legătură cu fondurile Comunităților Europene, de către o persoană care se află în subordinea sa și care a acționat în numele celui agent economic (art. 18⁵).

²⁶ În legătură cu *rasismul și xenofobia*, deși tratatele *nu au prevăzut în mod expres* posibilitatea adoptării în acest domeniu, la nivelul Uniunii Europene, de măsuri pentru *apropierea* legislațiilor penale ale statelor membre, această posibilitate *rezulta indirect* din menționarea acestor fapte în ex-art. 29 alin. (1) TUE (devenit, în urma modificărilor aduse de Tratatul de la Lisabona, art. 67 alin. (3) TFUE). Ca atare, pe acest temei a fost adoptată Decizia-cadru 2008/913/JAI privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal. Decizia-cadru are în vedere două categorii de fapte: instigarea publică la violență sau la ură – inclusiv prin difuzarea publică sau distribuirea de înscrisuri, imagini sau alte materiale – împotriva unui grup de persoane sau a unui membru al unui astfel de grup definit pe criterii de rasă, culoare, religie, descendență sau origine națională sau etnică; apologia publică, negarea în mod public sau minimalizarea vădită în mod public a gravității crimelor de genocid, a crimelor contra umanității și a crimelor de război. De asemenea, decizia-cadru impune statelor membre ca motivația rasistă și xenofobă *să fie considerată* o circumstanță agravantă generală, legală sau judiciară. România a îndeplinit această cerință chiar înainte de adoptarea deciziei-cadru, având în vedere că, prin Legea nr. 278/2006, la art. 75 C. pen. a fost introdusă lit. c¹), referitoare la circumstanța agravantă constând în săvârșirea infracțiunii pe temei de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, gen, orientare sexuală, opinie, apartenență politică, convingeri, avere, origine socială, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA. Se poate observa că și noul Cod penal reia această circumstanță agravantă, *extinzându-i* chiar domeniul de aplicare. Astfel, potrivit art. 77 lit. h) din noul cod penal, constituie circumstanță agravantă „săvârșirea infracțiunii pentru motive legate de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, gen, orientare sexuală, opinie ori apartenență politică, avere, origine socială, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA ori pentru alte împrejurări de același fel, considerate de făptuitor drept cauze ale inferiorității unei persoane în raport cu celelalte”. Așa cum se știe, noul Cod penal a fost adoptat prin asumarea răspunderii de către Guvern, prin Legea nr. 286 din 2009, M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

Pentru toate aceste considerente împărtășim părerea celor care susțin (George Antoniu) că legislația Uniunii Europene nu promovează încă ideea *unei legislații penale comune* a statelor membre, ci își propune să realizeze *numai o strânsă cooperare* între organele polițienești, judiciare și alte autorități competente, și *numai* dacă este necesar, prin *apropierea* legislațiilor penale (nu unificarea acestora).

B. Trecând la cea de-a doua problemă a studiului nostru, vom prezenta, succint, modul în care legiuitorul a răspuns necesității de a asigura *apropierea* legislației noastre penale cu legislația Uniunii Europene și corelarea acesteia cu dispozițiile celorlalte state membre ale Uniunii Europene.

a) Mai întâi este de remarcat că s-a înlăturat dispoziția art. 1 C. pen.²⁷, *scopul legii penale*, atât pe faptul că enumerarea valorilor sociale ocrotite era numai exemplificativă, cât și pentru motivul că toate codurile penale străine nu prevedea o asemenea prevedere²⁸.

În ceea ce privește *principiul legalității incriminării și pedepsei*²⁹, constatăm că, legea noastră penală prevede în mod explicit, în texte diferite, după cum se referă la faptele incriminate (*legalitatea incriminării*, art. 1 C. pen.) sau la sancțiunile de drept penal, adică pedepse, măsuri de siguranță sau măsuri educative (*legalitatea pedepsei*, art. 2 C. pen.) din Capitolul I intitulat „*Principii generale*”³⁰. În acest context, de observat că legea penală română *nu cuprinde o prevedere explicită* recunoscută de legislația Uniunii Europene ca izvor al incriminării, așa cum este reglementat principiul în art. 49 din Cartă Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, intitulat *Principiile legalității și proporționalității infracțiunilor și pedepselor*³¹.

²⁷ Prin elaborarea noului Cod penal, comisia de redactare a acestuia a urmărit, și în ce mai mare parte a reușit, să îndeplinească printre alte obiective și transpunerea în cadrul legislativ penal național a reglementărilor adoptate la nivelul Uniunii Europene; armonizarea dreptului penal român cu sistemele celorlalte state membre ale Uniunii Europene etc. A se vedea în acest sens, George Antoniu, *Partea generală a codului penal într-o viziune europeană*, în RDP nr. 1/2004, București, pp. 31-46; Constantin Duvac, *Noul Cod penal și Codul penal anterior, studiu comparativ*, în RDP, nr. 1-2, București, 2015, p. 13, p. 15.

²⁸ George Antoniu, *Tratat de drept penal*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 65; George Antoniu, *Unele observații critice asupra noului Cod penal*, în volumul *Dinamica dreptului românesc după aderarea la Uniunea Europeană*, Comunicări prezentate la sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice, Ed. Universul Juridic, București, 2010, *op. cit.*, pp. 340-345.

²⁹ George Antoniu, *Partea generală a codului penal într-o viziune europeană*, *op. cit.*, p. 32.

³⁰ În această privință, a se vedea controversele asupra acestui principiu. A se vedea pe larg: G. Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, în RDP nr. 4/2007, p. 10; Vintilă Dongoroz și colab., *Explicații teoretice*, vol. I, Ed. Academiei Române, București, 1970, p. 36; M. Zolyneak, *Drept penal, partea generală*, vol. I, Ed. Chemarea, Iași, 1993, pp. 27-29; I. Pascu (coord.), *Noul Cod penal comentat Partea generală*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 16.

³¹ Dispoziția cuprinsă în alin. (1) prevede că „Nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau omisiune care, în momentul săvârșirii, nu constituia infracțiune potrivit dreptului intern sau dreptului internațional. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai mare decât cea aplicabilă la momentul săvârșirii infracțiunii. În cazul în care, ulterior săvârșirii infracțiunii, legea prevede o pedeapsă mai ușoară, se aplică aceasta din urmă”. Alin. (2) prevede că „prezentul articol nu aduce atingere judecării și pedepsirii unei persoane care s-a făcut vinovată de o acțiune sau omisiune care, în momentul săvârșirii, era incriminată pe baza principiilor generale recunoscute de comunitatea națiunilor”. În sfârșit, alin. (3) arată că „pedepsele nu trebuie să fie proporționale față de infracțiune”. A se vedea, <http://eur-lex.europa.eu/>.

În acest context, ne întrebăm era oare necesară o atare reglementare în legea penală română?

În literatura noastră juridică³², s-a susținut opinia ca principiile generale recunoscute de comunitatea națiunilor *să fie inclusă* și în definirea legalității în Codul nostru penal.

Se poate însă spune în sens contrar, și aceasta este părerea noastră că această *omisiune nu ar* fi de natură să creeze dificultăți întrucât legea penală prevede infracțiunile de genocid, contra umanității și de război (art. 448-445). Pe lângă această justificare, mai adăugăm și faptul că, după textul legii fundamentale, atât Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, cât și Convenția europeană a drepturilor omului *fac parte* din dreptul intern și au *în principiu, prioritate* față de aceasta (art. 20 alin. (2)). Cu toate acestea, trebuie să subliniem că, același text constituțional prevede și *excepții* de la principiul *priorității* instrumentelor internaționale privind drepturilor omului, și anume cazul în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții *mai favorabile*.

În urma celor arătate până aici, rezultă că acest principiu nu s-ar putea să se interpreteze decât în *mod unitar*, completându-se cu dispoziția art. 49 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, dobândind astfel, aceeași valoare juridică.

În *materia aplicării legii penale*, s-a resistemizat materia prevăzându-se mai întâi aplicarea legii penale în timp și ulterior aplicarea legii penale în spațiu. S-a spus, pe drept cuvânt că toate codurile penale străine mai importante, de pildă, C. pen. german, C. pen. francez, C. pen. italian, încep reglementarea acestei materii cu dispoziția privitoare la aplicarea legii penale în timp și apoi cele în spațiu. În plus, observăm că legiuitorul Codului penal în vigoare prevede *anterioritatea legii penale* în raport cu data comiterii faptei incriminate (*nullum crimes; nulla poena sine lege praevia*). Tot în această materie, observăm că legiuitorul a *renunțat* la aplicarea legii mai favorabile pedepselor definitive deoarece se încalcă intangibilitatea lucrului judecat și autoritatea puterii judecătorești. Pe de altă parte, remarcăm că soluția n-a fost adoptată nici în alte legislații de referință, cum ar fi: franceză, italiană, germană și altele³³.

Referind-ne la *participație* observăm că sancționarea instigării și a complicității există în toate actele normative ale Uniunii Europene în materia dreptului penal. Cu toate acestea, nici instigarea și nici complicitatea nu sunt definite în legislația penală europeană.

În ceea ce privește, *tentativa*, observăm că majoritatea actelor normative ale Uniunii Europene care cuprind dispoziții de drept penal conțin texte referitoare la pedepsirea tentativei. Cu toate acestea, noțiunea de tentativă nu este prevăzută în dreptul penal al Uniunii, ceea ce înseamnă că fiecare stat membru va aplica propria legislație națională atât în ceea ce privește înțelesul acestui termen, cât și cu privire la tratamentul sancționator al acesteia. În consecință, în cazul nostru, tentativa se pedepsește numai când legea prevede în mod expres aceasta. Tentativa se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea consumată, ale cărei limite se reduc la jumătate. Când pentru

³² A se vedea: G. Antoniu, *Activitatea normativă a Uniunii Europene (I)*, în Revista de drept penal, nr. 1/2007, pct. 19; G. Antoniu, *Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)*, în RDP nr. 4/2007, p. 10; G. Antoniu și colab., *Explicațiile noului Cod penal*, vol. I., Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 35.

³³ G. Antoniu, *Unele observații critice asupra noului Cod penal*, op. cit., p. 341.

infracțiunea consumată legea prevede pedeapsa detențiunii pe viață, iar instanța s-ar orienta spre aceasta, tentativa se sancționează cu pedeapsa închisorii de la 10-20 de ani (art. 33 C. pen. în vigoare).

Ceea ce este demn de observat, este că, în art. 9a din Decizia-cadru 2000/383 fiecare stat membru admite *principiul recidivei* în condițiile stabilite de dreptul său intern și recunoaște ca generatoare de recidivă condamnările definitive pronunțate de un alt stat membru”, atât în cazul în care astfel de condamnări au fost pronunțate pentru una dintre infracțiunile prevăzute de această decizie-cadru, cât și în cazul în care privesc una dintre infracțiunile prevăzute în art. 3 din Convenția de la Geneva privind stoparea falsificării de monedă din 1929, indiferent de moneda falsificată³⁴.

Sub acest aspect, constatăm că este vorba de un caz de *recidivă internațională specială*, având în vedere că se aplică doar în ceea ce privește infracțiunile de falsificare de bani. Actul normativ nu definește recidiva, limitându-se să facă referire la faptul că fiecare stat membru va aplica în această privință Codul său național.

De asemenea, remarcăm că dispoziția din legea penală a *confiscării extinse* este pe deplin compatibilă cu legislația Uniunii Europene³⁵. Astfel, art. 112¹ alin. (1) prevede că sunt supuse confiscării și alte bunuri decât cele menționate la art. 112 (*confiscarea specială*), în cazul în care persoana este condamnată pentru comiterea uneia dintre infracțiunile *expres* enumerate, dacă fapta este susceptibilă să îi procure un folos material și pedeapsa prevăzută de lege este închisoare de 4 ani sau mai mare.

În aceste condiții, observăm că domeniul de aplicare al confiscării extinse *este mai larg* decât cel reglementat de Decizia cadru 2005/212. Pe de altă parte decizia cadru prevede că infracțiunea trebuie să fie de natură să genereze câștiguri financiare, spre deosebire de dreptul intern utilizează în acest sens sintagma *folos material*, care are un înțeles mai larg, dat fiind că, în lipsa de alte precizări, aceasta trebuie interpretată în sensul că se referă la orice avantaj de natură patrimonială, iar nu doar la câștiguri financiare. Totodată, legiuitorul nostru prevede și condițiile necesare pentru a se putea dispune confiscarea extinsă alin. (2) al art. 112¹ în mod cumulativ. Aceasta, înseamnă că legiuitorul a îmbinat cele două dintre criteriile prevăzute de actul normativ (decizia-cadru), criteriul temporar (5 ani înainte sau după comiterea infracțiunii) și criteriul proporționalității dintre valoarea bunurilor persoanei condamnate și veniturile obținute de aceasta în mod ilicit.

b) În continuare dorim să analizăm câteva dintre prevederile *părții speciale* a Codului penal³⁶, pentru a verifica dacă se confirmă și în ce limite speranțele la care ne-am referit.

³⁴ A se vedea teza de doctorat, Ecedi-Stoisavlevici Claudiu, *Legea penală în condițiile postaderării României la Uniunea Europeană*, Manuscris, (coordonator: prof. univ. dr. George Antoniu), București, 2012, p. 141 și urm., exemplar depus la biblioteca Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române.

³⁵ A se vedea G. Antoniu și colab., *Reforma legislației penale*, Ed. Academiei Române, București, 2003, p. 304 și urm.; G. Antoniu, T. Toader (coord.) și colab., *Explicațiile noului Cod penal*, vol. II, *Articolele 53-187*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 323 și urm.

³⁶ A se vedea pe larg, Tudorel Toader, *Partea specială a Codului penal într-o perspectivă europeană*, în RDP nr. 1/2004, pp. 47-54; Gheorghe Nistoreanu, *Partea specială a codului penal din perspectiva europeană*, RDP nr. 1/2004, pp. 55-57.

Mai întâi observăm că în partea specială a Codului penal sunt prevăzute *infracțiunile contra persoanei*, făcând parte din titlul I, spre deosebire de legea penală anterioară, acestea infracțiuni erau reglementate în titlul II, fiind grupate distinct după titlul privitor la *infracțiuni contra siguranței statului*. În felul acesta legiuitorul român și-a însușit soluția franceză și spaniolă de sistematizare spre deosebire de Codul penal anterior care după modelul Codului penal german și italian acorda prioritate infracțiunilor contra siguranței statului. Modul de reglementare a infracțiunilor contra persoanei are așadar la bază concepția adoptată de legiuitorul român, după care ocrotirea persoanei are prioritate față de ocrotirea statului, abandonând soluția contrară adoptată de Codul penal anterior, ca și de alte coduri, care acordă prioritate infracțiunilor contra statului³⁷.

Pozitiv este faptul că, în cadrul infracțiunilor ce aduc atingere domiciliului și vieții private (art. 224-227 C. pen.) sunt introduse câteva incriminări noi, precum violarea sediului profesional (art. 225 C. pen.) și violarea vieții private (art. 226 C. pen.), alături de violarea de domiciliu (art. 224 C. pen.) și divulgarea secretului profesional (art. 227 C. pen.). Cu toate acestea, Codul penal în vigoare nu mai prevede faptele îndreptate contra demnității persoanei. În aceste condiții, este discutabilă soluția legiuitorului român. Ca atare, propunem reîncriminarea infracțiunile contra demnității: insulta, calomnia și proba verității, deoarece aceste fapte erau incriminate în dreptul penal anterior pe de o parte, iar, pe de altă parte, faptele sunt incriminate în legislația penală străină, cum ar fi, germană, italiană, franceză³⁸ etc. Pe lângă aceasta, constatăm, în mod pozitiv, că sunt incriminate noi incriminări în legea penală română cu privire la fapte care aduc *atingere încrederii în siguranța și fiabilitatea tranzacțiilor informatice* fiind de natură să pună o stavilă serioasă acestor fapte și să exercite o puternică acțiune de prevenție generală. În acest sens, Codul penal prevede dispoziții explicite care protejează informația atât împotriva dezvăluirilor *ilicite a datelor transmise prin calculator*, cât și împotriva manipulării *abuzive a acestor date în scopuri ilicite*. Au acest caracter *frauda informatică* (art. 249 din C. pen.) și *efectuarea de operațiuni financiare în mod fraudulos* (art. 250 din C. pen). Apoi, remarcăm, în mod pozitiv, că legiuitorul Codului penal a incriminat în Capitolul VI și *Infracțiuni contra siguranței și integrității sistemelor și datelor informatice* (Titlul VII *Infracțiuni contra siguranței publice*), și anume: accesul ilegal la un sistem informatic (art. 360 C. pen.); interceptarea ilegală a unei transmisii de date informatice (art. 361 C. pen.); alterarea integrității datelor informatice (art. 362 C. pen.); Perturbarea funcționării sistemelor informatice (art. 363 C. pen.); transferul neautorizat de date informatice (art. 364); și operațiuni ilegale cu dispozitive sau programe informatice (art. 365 C. pen.). De observat că sediul legal al infracțiunilor informatice este prevăzut de legiuitorul Codului nostru penal atât în Titlul II *Infracțiuni contra patrimoniului*, cât și în Titlul VII – *Infracțiuni contra siguranței publice*, incriminări referitoare la fapte care aduc *atingere încrederii în siguranța și fiabilitatea tranzacțiilor informatice*³⁹.

³⁷ George Antoniu, (coord.) și colab., *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. III, *Articolele 188-256*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 11.

³⁸ C. Duvac, *op. cit.*, p. 36.

³⁹ A se vedea, pe larg: G. Antoniu, *Infracțiuni în legătura cu folosirea calculatoarelor*, în *Revista Studii și Cercetări Juridice* nr. 3/1992, pp. 227-243; Vl. Hanga, *Dreptul și calculatoarele*, Ed. Academiei Române, București, 1991, p. 9 și urm.

Sub acest aspect, ne întrebăm dacă este necesar să se stabilească un cadru general pentru infracțiunile informatice în raport *de* gravitatea consecințelor pe care le-ar putea produce faptele incriminate și implicit de importanța obiectului juridic lezat ori pus în pericol sau *care ar fi criteriul de sistematizare* după care ar putea fi evaluată o manifestare ca aparținând sau nu sferei criminalității informatice⁴⁰?

Ne oprim aici cu observațiile asupra *apropierii* legislației penale române cu legislația Uniunii Europene, deși unele observații ridică și celelalte texte de lege, reflecții care vor fi, totodată, în atenția noastră.

3. Pentru aceste considerente, de la aderarea României la Uniunea Europeană și până în prezent, se poate afirma că legea penală română s-a *apropiat* de legislația Uniunii Europene, ca și corelarea acesteia cu unele dispoziții ale celorlalte state membre ale Uniunii Europene, păstrând totodată și o serie de instituții specifice legislației penale române. Cu toate acestea, privită retrospectiv, s-ar putea desprinde și o altă concluzie, și anume legiuitorul nostru ar trebui să procedeze la o *evaluare critică* a experienței propriiei legislații și chiar a legislațiilor penale străine și *însușirea acelor soluții* de reglementare susceptibile să *corespundă* cu *realitatea societății noastre*. Sub acest aspect, Mihai Eminescu, poet național român, scria că introducând legile cele mai perfecte și mai frumoase într-o țară, cu care *nu se potrivește*, duci societatea de răpă, ori cât de curat ți-ar fi cugetul și de bună inimă⁴¹.

⁴⁰ I. Ifrim, *Unele reflecții asupra sistematizării infracțiunilor informatice*, în *Revue Européenne Du Droit Social*, Târgoviște, 2016, p. 105.

⁴¹ A.C. Popovici, *Naționalism sau democrație. O critică a civilizațiunii moderne*, Ed. Minerva, Institut de Arte Grafice și Editură, București, 1910, p. 85.

CONSIDERAȚII PRIVIND MĂSURA PREVENTIVĂ A ARESTULUI LA DOMICILIU

Nicolae BĂBEANU*

Abstract:

As a novelty for criminal procedural legislation, the new Code of Criminal Procedure there is a regulation of a new preventative measures that the house arrest. This institution is found under Part V has, in Title V, entitled "preventive measures and other procedural measures", specifically in art. 218-222 C.p.p. When he took into account the implementation of such measures, the legislature novel was inspired by Italian criminal procedure code.

Keywords: arrest, home, Criminal Procedure Code

I. Noțiuni introductive

Conform art. 221 C. pr. pen., măsura arestului la domiciliu constă în obligația impusă inculpatului ca, pe o perioadă determinată, să nu părăsească imobilul unde locuiește fără permisiunea organului judiciar care a impus această măsură.

În scopul bunei desfășurări a procesului penal, al împiedicării sustragerii inculpatului de la urmărirea penală sau de la judecată, ori pentru ca acesta să fie împiedicat să săvârșească o nouă infracțiune, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată poate dispune luarea măsurii arestului la domiciliu.

La fel ca și măsura arestului preventiv, măsura arestului la domiciliu poate fi luată începând cu faza de urmărire penală continuând cu camera preliminară și sfârșind cu judecată.

Dispunerea acestei măsuri se poate face numai dacă din probe rezultă suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune și există una sau cumulativ mai multe dintre următoarele situații:

- inculpatul a fugit sau s-a ascuns în scopul de a se sustrage de la urmărirea penală sau judecată ori a întreprins demersuri în acest sens;
- inculpatul încearcă să influențeze un alt participant la comiterea infracțiunii, un martor, un expert sau să distrugă, să altereze, să ascundă ori să sustragă mijloace materiale de probă sau să determine o altă persoană în acest sens;
- inculpatul exercită presiuni asupra persoanei vătămate sau încerca să realizeze o încercare frauduloasă cu acesta;
- în cazul în care există suspiciunea rezonabilă că, după punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, inculpatul a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune sau pregătește săvârșirea unei noi infracțiuni;

* Avocat, Baroul Prahova; doctorand – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: avocat.babeanu@yahoo.com

Distinct față de măsura arestării preventive, în cazul arestului la domiciliu nu se aplică prevederile art. 223 alin. (2) C. pr. pen.

Condițiile dispunerii arestului la domiciliu trebuie analizate ținându-se cont de persoana și conduita inculpatului înainte și după comiterea infracțiunii, scopul măsurii preventive, vârsta, sănătatea și situația familială a inculpatului și, nu în ultimul rând, gradul de pericol al infracțiunii.

Ca și condiție negativă, măsura arestului la domiciliu nu poate fi dispusă cu privire la inculpatul față de care există o suspiciune rezonabilă că a săvârșit o infracțiune asupra unui membru al familiei și față de inculpatul care a fost condamnat definitiv pentru infracțiunea de evadare. În prima situație, când există suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune împotriva unui membru al familiei, legiuitorul a avut în vedere protejarea membrului de familie, întrucât starea de arest se execută în locuința sa alături de ceilalți membri ai familiei. Totodată legiuitorul a stabilit ca arestul la domiciliu nu se poate dispune față de un inculpat care a fost condamnat definitiv pentru săvârșirea infracțiunii de evadare, raportat la faptul că această măsură a arestului la domiciliu nu se poate realiza printr-o supraveghere permanentă, 24 de ore din 24, cu atât mai mult cu cât arestul la domiciliu reprezintă mai mult „o obligație” de a nu părăsi limita teritorială a domiciliului iar inculpatul poate încălca această obligație.

În tot cursul procesului penal inculpatul față de care s-a dispus măsura arestului la domiciliu are următoarele drepturi:

- dreptul de a nu da nicio declarație atrăgându-i-se atenția că, dacă refuză acest lucru nu va suferi nicio consecință nefavorabilă iar dacă va da declarație, aceasta poate fi folosită împotriva sa;

- dreptul de a fi informat cu privire la acuzația care i se aduce și încadrarea juridică a faptei;

- dreptul de a consulta dosarul;

- dreptul de a propune administrarea de probe, de a pune concluzii și a ridica excepții;

- dreptul de a formula orice alte cereri ce țin de soluționarea laturii penale și civile a cauzei;

- dreptul de a beneficia în mod gratuit de interpret atunci când este cazul;

- dreptul de a fi informat cu privire la drepturile sale;

- alte drepturi prevăzute de lege;

Imediat după dispunerea măsurii arestului la domiciliu, inculpatul are dreptul de a încunoștința personal sau de a solicita organului judiciar care a dispus măsura, să încunoștințeze un membru al familiei sale ori o altă persoană despre luarea acestei măsuri. În cazul în care persoană față de care s-a dispus arestul la domiciliu nu este cetățean român, acesta are dreptul de a încunoștința misiunea diplomatică ori oficiul consular al statului al cărui cetățean este ori a unei organizații umanitare internaționale. În acest din urmă caz inculpatul poate uza de acest drept în cazul în care acesta nu dorește să beneficieze de asistența autorităților din țara sa de origine, în situația în care este refugiat sau se află sub protecția unei organizații umanitare. Încunoștințarea se face întocmindu-se un proces-verbal în acest sens.

Pe lângă drepturile enumerate anterior, inculpatul față de care s-a dispus măsura arestului la domiciliu are dreptul de a beneficia de asistență medicală de urgență, dreptul

de a cere, în orice moment, revocarea sau înlocuirea acestei măsuri cu o altă măsură preventivă.

II. Luarea măsurii arestului la domiciliu de către judecătorul de drepturi și libertăți

În cursul urmăririi penale procurorul de caz poate propune, prin referat motivat, luarea față de inculpat a măsurii arestului la domiciliu. În cursul urmăririi penale, competent pentru a dispune luarea acestei măsuri o are judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță. În acest sens, procurorul înaintează judecătorului de drepturi și libertăți referatul cu propunerea de luare a măsurii arestului la domiciliu împreună cu dosarul cauzei. În termen de 24 de ore de la sesizarea procurorului, judecătorul de drepturi și libertăți fixează termen și citează inculpatul. Lipsa acestuia nu împiedică luarea acestei măsuri de către judecătorul de drepturi și libertăți. Dacă inculpatul este prezent, judecătorul de drepturi și libertăți îl poate audia. Luarea măsurii arestului la domiciliu implică atât participarea obligatorie a procurorului, cât și asistența juridică obligatorie a inculpatului.

După judecata care are loc în camera de consiliu, judecătorul de drepturi și libertăți poate admite sau poate respinge propunerea procurorului prin încheiere motivată.

În cazul în care împotriva soluției, inculpatul sau procurorul nu formulează contestație, în termen de 24 de ore de la expirarea termenului de declarare a contestației, dosarul cauzei se restituie organului de urmărire penală.

În cazul în care judecătorul de drepturi și libertăți respinge propunerea de luare a măsurii arestului la domiciliu, acesta poate dispune o altă măsură preventivă, și anume controlul judiciar sau controlul judiciar pe cauțiune, dacă sunt îndeplinite condițiile cerute de lege pentru luarea măsurii amintite.

III. Luarea măsurii arestului la domiciliu de către judecătorul de camera preliminară sau instanță de judecată

Conform art. 330 C. pr. pen., atunci când urmărirea penală este terminată iar procurorul dispune sesizarea instanței prin rechizitoriu și trimiterea în judecată a inculpatului, actul de sesizare poate conține și dispoziții referitoare la măsurile preventive. În acest sens rechizitoriul poate cuprinde și propunerea de luare, menținere, revocare sau înlocuire a unei măsuri preventive.

În procedura de cameră preliminară, judecătorul de cameră preliminară poate dispune luarea măsurii arestului la domiciliu față de inculpat. În astfel de situații judecătorul de cameră preliminară verifică legalitatea și temeinicia măsurii arestului la domiciliu. La luarea în calcul a acestei verificări, judecătorul de cameră preliminară trebuie să aibă în vedere, din oficiu, dacă subzistă temeiurile care au determinat luarea, prelungirea sau expirarea duratei acesteia, cu citarea inculpatului. Verificarea se poate face și în lipsa inculpatului în cazul în care acesta se află internat în spital și, din cauza sănătății nu poate fi adus în fața judecătorului de cameră preliminară, dar numai în prezența avocatului acestuia căruia i se dă cuvântul pentru a pune concluzii.

Verificarea măsurii arestului la domiciliu dispuse în procedura de cameră preliminară se face periodic, dar nu mai târziu de 60 de zile.

Împotriva încheierii prin care s-a dispus luarea măsurii arestului la domiciliu în cursul urmăririi penale, inculpatul poate formula contestație conform art. 204 C. pr. pen.

Împotriva încheierii prin care s-a dispus luarea măsurii arestului la domiciliu în procedura de cameră preliminară, inculpatul poate formula contestație conform art. 205 C. pr. pen.

În astfel de situație inculpatul poate formula contestație în termen de 48 de ore de la pronunțare sau, după caz, de la comunicare. Contestația se depune la judecătorul de drepturi și libertăți/judecătorul de cameră preliminară care a pronunțat încheierea atacată. Contestația se înaintează împreună cu dosarul de urmărire penală, judecătorului de drepturi și libertăți/judecătorului de cameră preliminară de la instanța ierarhic superioară, în termen de 48 de ore de la înregistrare. Contestația formulată împotriva încheierii nu este suspensivă de executare.

IV. Modificarea obligațiilor măsurii arestului la domiciliu

Modificarea obligațiilor măsurii arestului la domiciliu poate fi dispusă atât în cadrul procedurii de verificare a măsurii preventive, cât și la cerere. Astfel, în temeiul art. 221 alin. (6) C. pr. pen., la cererea scrisă și motivată a inculpatului, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată, prin încheiere, îi poate permite inculpatului părăsirea domiciliului pentru ca acesta să se prezinte la locul de muncă, la o instituție de învățământ, pentru a-și procura mijloace de subsistență. Toate acestea dacă sunt necesare pentru realizarea unor drepturi ori interese legitime. Modificările sunt strict determinate pe o anumită perioadă de timp iar deplasarea trebuie să se facă pe un itinerariu stabilit de organele judiciare.

În baza unei aprobări prealabile obținute din partea organului judiciar care a dispus măsura sau în fața căruia se află cauza la momentul respectiv. Această cerere, făcută de inculpat în scris, trebuie să fie temeinic motivată, oportunitatea admiterii sau respingerii ei fiind lăsată la aprecierea organului judiciar sesizat. Astfel de cazuri temeinice, care pot conduce la permisiunea de a părăsi imobilul (periodic, după un anumit program strict determinat), sunt:

- prezentarea la locul de muncă;
- prezentarea la cursuri de învățământ sau de pregătire profesională;
- prezentarea la activități similare;
- procurarea mijloacelor esențiale de existență;
- alte situații temeinic justificate, pentru o perioadă determinată de timp, dacă acest lucru este necesar pentru realizarea unor drepturi ori interese legitime ale inculpatului¹.

V. Conținutul măsurii arestului la domiciliu

În principal, măsura arestului la domiciliu constă în obligația inculpatului de a nu părăsi domiciliul fără permisiunea organului judiciar care a dispus măsura. Pe lângă această obligație principală, în timpul arestului la domiciliu inculpatul are următoarele obligații secundare:

¹ Volonciu N., Uzlaș A, *Noul Cod de procedura penală (comentat)*, Ed. Hamangiu, București, 2014.

- Să se prezinte în fața organului de urmărire penală, a judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de camera preliminară sau a instanței de judecată, ori de câte ori este chemat

- Să nu comunice cu persoana vătămată, partea civilă sau membri de familie a acesteia, cu alți participanți la comiterea infracțiunii, cu martorii ori experții, precum și cu alte persoane stabilite de către organele judiciare care au dispus măsura. Ca măsură suplimentară judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată poate dispune ca pe durata arestului la domiciliu inculpatul să poarte permanent un sistem electronic de supraveghere.

În cuprinsul încheierii sunt prevăzute în mod expres obligațiile pe care inculpatul trebuie să le respecte. În caz de nerespectare a obligațiilor măsura arestului la domiciliu poate fi înlocuită cu măsura arestului preventiv.

Chiar dacă permisiunea părăsirii domiciliului se face doar cu acordul judecătorului care a dispus măsura arestului la domiciliu, există și cazuri speciale când inculpatul poate părăsi domiciliul fără încuviințarea organului judiciar. Aceste cazuri sunt în situații de urgență când inculpatul, pentru motive întemeiate, poate părăsi domiciliul fără încuviințarea judecătorului care a dispus măsura sau fără încuviințarea organului judiciar desemnat cu supravegherea sa. Imediat după încetarea situației de urgență inculpatul are obligația de a informa organele judiciare desemnate cu supravegherea sa.

În această situație se pune problema cu privire la existența „motivelor întemeiate și a cazurilor urgente” care ar justifica părăsirea imobilului de către inculpat fără a avea o permisiune prealabilă din partea organului judiciar. Răspunsul îl găsim în cuprinsul Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor preventive dispuse de către organele judiciare care, în cuprinsul art. 127, stabilește care sunt acele cazuri urgente care ar permite sau justifica părăsirea imobilului fără aprobare prealabilă.

Se află în situația prevăzută la art. 221 alin. (7) C. pr. pen., inculpatul care a părăsit imobilul pentru a salva de la un pericol imediat viața, integritatea corporală sau sănătatea sa ori a altei persoane sau un bun important al său ori al altei persoane sau un interes general. În aceste situații, organul de supraveghere verifică realitatea și temeinicia motivelor invocate².

VI. Durata măsurii arestului la domiciliu

În cursul urmăririi penale arestul la domiciliu poate fi luat pe o perioadă de cel mult 30 de zile. Arestul la domiciliu poate fi prelungit în cursul urmăririi penale, fiecare prelungire neputând să depășească 30 de zile, numai dacă se mențin temeiurile care au determinat luarea acestei măsuri sau au apărut temeiuri noi. Durata maximă a arestului la domiciliu în cursul urmăririi penale, este de 180 de zile.

În comparație cu măsura arestului preventiv, măsura arestului la domiciliu da posibilitatea inculpatului de a avea un program zilnic flexibil, în limita domiciliului, are dreptul de a comunica, de a se informa, are dreptul de a fi vizitat, vizite care nu trebuie să se desfășoare după un anumit program și nu va fi păzit 24 de ore din 24.

În analiza măsurii preventive a arestului la domiciliu este foarte important a se avea în vedere și prevederile Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor preventive dispuse de către organele judiciare.

² Parlamentul României, Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor preventive dispuse de către organele judiciare, publicată în M. Of. **nr. 514/2013**, art. 127.

JURISPRUDENȚA CEDO PRIVIND NULITĂȚILE ÎN PROCESUL PENAL ROMÂN

Mihai MAREȘ*

Abstract:

This paper analyses a few of the nuances pertaining to the application of the European system of protecting the fundamental rights consisting of the European Convention of Human Rights, the protocols thereto and the case-law of the European Court of Human Rights within the Romanian criminal proceedings, exemplified by the dialectics between the necessity to ensure the fair nature of the proceedings and the strict legal framework regulating the treatment of nullities. In this respect, as one may observe, upon noting situations which the lawmaker has failed to explicitly regulate, such as the consequences, from a procedural perspective, of the lack of reasoning of the judicial decisions or carrying out a merely formal trial, by disregarding the guarantees of a fair trial, the judicial body – in the course of the preliminary chamber proceedings or during the trial phase – have resorted to the direct and primary application of the ECHR instruments; however, this approach has not been unanimously shared within the national case-law. From this perspective, a thorough analysis of the treatment of nullities within the general scheme of the criminal proceedings is required, so as to establish its conformity with the conventional system.

Keywords: *the principle of legality, the right to a fair trial, the right to defence, nullity, self-enforcement of the ECHR*

I. Considerații introductive

Pe plan european, se manifestă o „dualitate jurisdicțională”¹ în materia protecției drepturilor omului, ce presupune interdependența dintre sistemul convențional (Curtea Europeană a Drepturilor Omului) și cel unional (Curtea de Justiție a Uniunii Europene). Această interdependență reiese inclusiv din legislația primară a Uniunii Europene. Astfel, în art. 6 alin. (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană², este prevăzută obligația de aderare a Uniunii la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, iar potrivit alineatului următor, „drepturile fundamentale, astfel cum sunt garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și astfel cum rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre, constituie principii generale ale dreptului Uniunii”. Totodată, în Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene sunt incluse numeroase drepturi garantate prin Convenția Europeană a Drepturilor Omului, având înțelesul și întinderea comune,

* Doctorand în drept procesual penal – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, avocat coordonator al SCPA „Mareș/Danilescu/Mareș” – Baroul București, e-mail: mihai.mares@mares.ro.

¹ Renucci J.-F., *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 26.

² Versiunea consolidată, publicată în JOUE nr. C 202 din 7 iunie 2016.

însă dreptul Uniunii poate conferi chiar o protecție mai largă, astfel cum prevede art. 52 alin. (3) din Cartă³.

În ceea ce privește forța juridică a Convenției Europene a Drepturilor Omului în ordinea juridică națională, atât prevederile acestui instrument, cât și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului au „aplicabilitate directă”, impunându-se cu „forță constituțională și supralegislativă”⁴.

II. Remedii procesuale aplicabile din perspectiva standardelor europene de protecție a drepturilor fundamentale în procesul penal român

În practica judiciară există situații în care se constată o încălcare a unor drepturi fundamentale dintre cele protejate de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, cum ar fi a dreptului la un proces echitabil. Curtea de la Strasbourg a stabilit⁵ că, pentru a determina dacă procedura a avut un caracter echitabil, trebuie ca aceasta să se ia în considerare în ansamblul său, verificând-se respectarea atât a dreptului la apărare, cât și a interesului public și al victimelor, precum și, după caz, a drepturilor martorilor.

Pentru a înlătura o astfel de violare în mod efectiv, și nu formal, în unele ipoteze, în lipsa unor mecanisme procedurale adecvate de sancționare, s-a constatat necesitatea ca organele judiciare să recurgă la aplicarea în mod direct a dispozițiilor art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Cu toate acestea, abordarea nu este una unitară, astfel cum se va observa din exemplele jurisprudențiale redată în cele ce urmează, în anumite cauze organele judiciare optând pentru o interpretare strictă a dispozițiilor legale referitoare la regimul nulităților în cadrul procesului penal român.

II.1. Aplicarea directă a art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului în procedura camerei preliminare

Într-o cauză⁶, inculpatul, prin avocat, a formulat în faza camerei preliminare unele excepții de nelegalitate, printr-un înscris intitulat „memoriu”, vizând nelegalitatea efectuării actelor de urmărire penală și nelegala sesizare a instanței de judecată, raportat la încălcarea prevederilor art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, și a art. 2, 8 și 10 C. pr. pen., precum și ale art. 83, 92 și 94 C. pr. pen., aceste motive necesitând, în opinia apărării, restituirea cauzei la Parchet. În concret, s-a invocat împrejurarea că, în cursul urmăririi penale, inculpatului i-a fost restrâns dreptul de a consulta dosarul până ulterior emiterii rechizitoriului, acesta fiind pus în imposibilitatea obiectivă de a-și exercita drepturile prevăzute de art. 83 C. pr. pen., iar, prin administrarea probelor unilateral, doar în acuzare, se împiedică aflarea adevărului. Judecătorul de cameră preliminară al fondului a constatat legalitatea sesizării instanței cu rechizitoriul emis de Parchet, legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de urmărire penală și a dispus începerea judecării în cauză, întemeindu-și soluția pe dispozițiile art. 346 alin. (2) C. pr. pen., care, în forma anterioară modificărilor aduse prin Legea nr. 75/2016, se refereau la ipoteza în care nu s-au formulat cereri și excepții ori nu s-au ridicat din oficiu

³ *Idem.*

⁴ Bîrsan C., *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, Vol. I. Drepturi și libertăți*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, pp. 100-103.

⁵ CEDO, *Cauza Văraru c. României*, hot. din 3 decembrie 2013, <http://www.echr.coe.int>.

⁶ Trib. Bistrița Năsăud, S. pen., înch. nr. 170 din 29 iunie 2015, www.rolii.ro.

excepții. Împotriva acestei încheieri, inculpatul a formulat contestație, care a fost admisă de judecătorul de cameră preliminară din cadrul instanței de control judiciar, constatându-se că motivarea succintă și ambiguă din încheierea atacată – în considerentele căreia se menționa doar că susținerile inculpatului nu pot fi reținute întrucât ar fi avut dreptul să formuleze o plângere împotriva ordonanței la procurorul ierarhic superior – nu răspunde argumentelor invocate de apărarea inculpatului, fiind, în esență, nemotivată. Judecătorul contestației arată că „neluarea în considerare a cererilor formulate de inculpat de către judecătorul de cameră preliminară de la fond și analiza acestora doar în calea de atac exercitată, l-ar priva pe inculpat de un grad de jurisdicție, întrucât hotărârea pronunțată în calea de atac nu mai poate fi censurată”, astfel încât „se impune, dată fiind absența culpei inculpatului în neanalizarea cererilor sale și necesitatea respectării disp. art. 6 CEDO, examinarea cererilor și excepțiilor depuse la dosar de către inculpat, prin apărătorul său, de către judecătorul de cameră preliminară de la instanța de fond”. În consecință, în ceea ce privește temeiul admiterii contestației, întrucât art. 425¹ alin. (7) pct. 2 C. pr. pen. permite rejudecarea cauzei de către judecătorul care a pronunțat-o doar atunci când se constată că nu au fost respectate dispozițiile privind citarea, s-au aplicat în mod direct și prevederile art. 6 CEDO⁷.

Într-adevăr, în Convenție nu este prevăzut în mod expres un drept al părților ca cererile lor să fie soluționate prin hotărâri motivate, însă, în jurisprudența instanței europene s-a recunoscut în mod frecvent această exigență⁸. De altfel, chiar în motivarea soluției de admitere a contestației cu trimitere spre rejudecare judecătorului de fond, s-a invocat hotărârea pronunțată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului Cauza *Hadjianastassiou c. Greciei*, în care se arată că, deși Statele Contractante beneficiază de o marjă considerabilă în alegerea mijloacelor adecvate pentru a asigura compatibilitatea sistemelor lor judiciare cu cerințele prevăzute în art. 6 din Convenție, instanțele naționale trebuie să indice cu suficientă claritate motivele pe care acestea își fundamentează hotărârile, ceea ce permite, printre altele, ca persoana acuzată să își exercite în mod efectiv dreptul de a formula căile de atac disponibile⁹.

Într-o cauză similară¹⁰, în contestația formulată de inculpat împotriva încheierii pronunțate de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Judecătoriei, s-a invocat lipsa motivării cu privire la criticile vizând trimiterea în judecată pentru o modalitate în legătură cu care nu fusese începută urmărirea penală și nici nu se pusese în mișcare acțiunea penală, precum și inexistența unui proces-verbal de consemnare a efectuării actelor premergătoare. Judecătorul de cameră preliminară investit cu soluționarea contestației a pronunțat, precum în cauza anterior prezentată, o soluție de admitere a contestației, desființând încheierea atacată și trimițând cauza spre rejudecare judecătorului de cameră preliminară din cadrul instanței de fond, apreciind că, deși această opțiune nu este prevăzută în mod explicit în legislația în vigoare, iar normele de procedură penală sunt de strictă interpretare, o soluție diferită ar încălca dreptul de acces

⁷ *Idem*.

⁸ Damaschin M., *Dreptul la un proces echitabil în materie penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 246.

⁹ CEDO, hot. din 16 decembrie 1992, par. 33, <http://www.echr.coe.int>.

¹⁰ Trib. Sălaj, înch. pen. nr. 12 din 3 februarie 2016, *apud* Zlati G., *Contestație cameră preliminară. Restituirea cauzei în vederea rejudecării ca urmare a nemotivării încheierii atacate. Aplicarea directă a articolului 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, <http://www.penalmente.eu>.

la un dublu grad de jurisdicție și ar determina, în mod paradoxal, tocmai perpetuarea atingerii aduse dreptului la un proces echitabil.

În considerentele încheierii Tribunalului, s-a reținut¹¹ că obligativitatea motivării hotărârilor judecătorești decurge din prevederile art. 6 par. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și art. 21 alin. (3) din Constituția României privind dreptul la un proces echitabil, precum și art. 401-404 C. pr. pen. privind cuprinsul și conținutul hotărârilor, aplicabile indiferent de natura lor. Totodată, s-a arătat că indicarea motivelor de fapt și de drept care au servit la formarea convingerii organului judiciar, precum și analiza efectivă a argumentelor și apărărilor formulate de părți sunt garanții ale asigurării dreptului la apărare, în lipsa cărora hotărârea este supusă desființării, astfel cum rezultă din jurisprudența CEDO relevantă citată în cauză, respectiv hotărârile pronunțate de Curtea de la Strasbourg în Cauzele *Albina c. României*¹², *Dumitru Popescu c. României* (nr. 2)¹³ și *Boldea c. României*¹⁴, din care se desprind următoarele coordonate de interpretare și aplicare a Convenției: dreptul părților de a prezenta observațiile considerate de acestea pertinente pentru propria cauză constituie o componentă a dreptului la un proces echitabil, garantat de art. 6 par. 1 din Convenție; întrucât Convenția nu vizează garantarea unor drepturi teoretice sau iluzorii, ci a unor drepturi concrete și efective, acest drept nu poate fi considerat efectiv decât dacă aceste observații sunt într-adevăr „ascultate”, adică examinate în mod temeinic de către „instanța” sesizată, ceea ce nu presupune un răspuns detaliat referitor la fiecare argument prezentat, ci o analiză efectivă a mijloacelor, argumentelor și propunerile de probe ale părților, fără a impieta asupra aprecierii concludenței lor; chestiunea de a stabili dacă o instanță și-a încălcat obligația de motivare ce rezultă din art. 6 din Convenție se poate analiza doar în lumina circumstanțelor speței, în funcție de factori precum natura hotărârii, diversitatea mijloacelor pe care justițiabilul le poate invoca în fața instanței sau diferențele existente în statele contractante în materie de dispoziții legale, cutume, concepții doctrinare, prezentare și redactare a hotărârilor.

Aplicarea directă a prevederilor art. 6 din Convenție în cazul soluțiilor pronunțate în procedura camerei preliminare este salutară, având în vedere că în Codul de procedură penală în vigoare nu este prevăzută posibilitatea readucerii în discuție a aspectelor privind legalitatea administrării probelor în faza urmăririi penale și efectuării actelor de urmărire penală cu prilejul fazei judecătorești¹⁵.

Astfel cum a observat și Curtea Constituțională a României într-una dintre deciziile sale în care s-a referit la procedura camerei preliminare, prealabilă judecății, Curtea Europeană a Drepturilor Omului „consideră procedurile penale ca pe un întreg”, astfel încât „anumite condiții impuse de art. 6, precum termenul rezonabil sau dreptul la apărare, pot fi, de asemenea, relevante la acest stadiu al procedurii, în măsura în care echitatea procesului poate fi grav încălcată prin nerespectarea inițială a acestor condiții impuse (Hotărârea din 24 noiembrie 1993 pronunțată în Cauza *Imbrioscia c. Elveției*,

¹¹ *Idem*.

¹² CEDO, hot. din 28 aprilie 2005, publicată în M. Of. nr. 1049 din 25 noiembrie 2005, par. 30.

¹³ CEDO, hot. din 26 aprilie 2007, publicată în M. Of. nr. 830 din 5 decembrie 2007, par. 100.

¹⁴ CEDO, hot. din 15 februarie 2007, publicată în M. Of. nr. 615 din 21 august 2008, par. 28-29.

¹⁵ Ghica M.-Ș., *Aspecte teoretice și practice ale judecătorului de cameră preliminară. Drepturi și obligații deontologice ale judecătorilor și avocaților*, 26 ianuarie 2015, www.juridice.ro.

par. 36)”, iar „modul în care se aplică aceste garanții în cursul anchetei preliminare depinde de caracteristicile procedurii și de circumstanțele cauzei (Hotărârea din 8 februarie 1996 pronunțată în Cauza *John Murray c. Regatului Unit*, par. 62)”¹⁶. În continuare, Curtea Constituțională a reiterat, citând propria sa jurisprudență anterioară, că, „plecând de la incidența prevederilor art. 21 alin. (3) din Legea fundamentală asupra tuturor litigiilor și având în vedere și dispozițiile art. 20 din Constituție și cele ale art. 53 din Convenție (...) prevederile art. 6 din Convenție trebuie respectate de legiuitor și atunci când reglementează în domeniul procedurilor penale care nu țin de rezolvarea cauzei pe fond, inclusiv în ceea ce privește procedura desfășurată în camera preliminară”¹⁷.

Jurisprudența Curții Constituționale (Decizia nr. 599/2014, prin care s-a confirmat jurisprudența inițiată prin Decizia nr. 1086/2007, precum și Decizia nr. 641/2014, redată mai sus), ale cărei decizii sunt obligatorii atât în privința dispozitivului, cât și a considerentelor¹⁸, a fost invocată de către judecătorul de cameră preliminară pentru a motiva într-un alt caz soluția de desființare a încheierii primului judecător de cameră preliminară, ca urmare a constatării incidenței *nulității absolute* pentru neexaminarea cererilor și excepțiilor, și de trimitere a cauzei aceleiași instanțe în vederea rejudecării¹⁹.

II.2. Aplicarea directă a art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului în faza judecării

În faza judecării, într-o cauză²⁰, instanța de apel, admitând apelurile, a desființat sentința și a trimis cauza spre rejudecare la aceeași instanță de fond, constatând că „expunerea nu cuprinde motivarea soluției în sensul dispozițiilor art. 403 alin. (1) lit. c) C. pr. pen., instanța de fond limitându-se doar a prelua din rechizitoriu starea de fapt, fără a face o analiză concretă a probelor administrate și fără a răspunde în niciun mod apărărilor invocate de inculpată”. Pentru a pronunța această soluție, instanța a observat că nemotivarea hotărârii nu se număra printre motivele prevăzute în art. 421 pct. 2 lit. b) C. pr. pen.²¹, pentru care se poate dispune rejudecarea de către instanța a cărei hotărâre a fost desființată, însă a avut în vedere prevederile art. 20 alin. (2) din Constituția României privind regula priorității reglementărilor internaționale în materia drepturilor fundamentale ale omului, apreciind că „au prioritate dispozițiile art. 6 par. 1 din

¹⁶ Dec. nr. 641 din 11 noiembrie 2014, publicată în M. Of. nr. 887 din 5 decembrie 2014, par. 32.

¹⁷ *Ibidem*, par. 34.

¹⁸ Curtea Constituțională a României, *Reguli comune*, <https://www.ccr.ro/Reguli-comune>.

¹⁹ C. Ap. Cluj, S. pen. și de minori, înch. nr. 167 din 25 martie 2015, www.rolii.ro.

²⁰ C. Ap. Craiova, dec. pen. nr. 1249 din 2 octombrie 2015, www.jurisprudenta.com.

²¹ Trebuie precizat că, prin O.U.G. nr. 18/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, precum și pentru completarea art. 31 alin. (1) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară (publicată în M. Of. nr. 389 din 23 mai 2016), s-au suplimentat cazurile de desființare a sentinței primei instanțe și de dispunere a rejudecării de către instanța a cărei hotărâre a fost desființată, prevăzute în art. 421 pct. 2 lit. b) C. pr. pen. Astfel, pe lângă motivul constând în judecarea cauzei la acea instanță în lipsa unei părți nelegal citate sau care, legal citată, a fost în imposibilitate de a se prezenta și de a înștiința instanța despre această imposibilitate, invocată de acea parte, precum și existența vreunui dintre cazurile de nulitate absolută (cu excepția cazului de necompetență, când se dispune rejudecarea de către instanța competentă), s-a prevăzut că rejudecarea de către instanța a cărei hotărâre a fost desființată se dispune și atunci când instanța nu s-a pronunțat asupra unei fapte reținute în sarcina inculpatului prin actul de sesizare sau asupra acțiunii civile.

Convenția Europeană a Drepturilor Omului, în sensul că, pe de o parte, trebuie să existe o judecată efectivă, iar pe de altă parte, trebuie respectat principiul dublului grad de jurisdicție”. Rolul pe care îl are motivarea hotărârilor judecătorești în materie penală este relevant în speță prin aceea că „reprezintă un element de transparență a justiției, inerent oricărui act jurisdicțional” și „justifică echitatea procesului penal, pe de o parte, prin dreptul justițiabilului de a fi convins că justiția a fost îndeplinită, respectiv că judecătorul a examinat toate mijloacele procesuale și procedurale propuse de participanți și, pe de altă parte, prin dreptul acestuia de a cunoaște oportunitatea promovării căilor de atac”²².

Într-o altă cauză²³, în care s-a pus în discuție incidența unui caz de nulitate a judecății primei instanțe, cauzată de analizarea formală a situației de fapt și neanalizarea apărărilor inculpatului, fiind astfel încălcate dispozițiile legale privind dreptul la o dublă analiză, în două grade de jurisdicție, dreptul la apărare și, în final, dreptul la un proces echitabil, cu consecința trimiterii cauzei spre rejudecare, instanța de apel a reținut următoarele, redând, totodată, în considerente precedente judiciare aferente reglementării anterioare: în primul rând, motivele de trimitere a cauzei spre rejudecare la instanța a cărei hotărâre a fost desființată sunt strict limitative, iar dispunerea unei astfel de soluții pentru motive de nulitate relativă, constând în încălcări ale dispozițiilor legale care reglementează desfășurarea procesului penal a fost considerată fie nelegală, fie admisibilă doar în condițiile în care instanța de apel nu poate acoperi sau îndrepta neregularitățile constatate; în al doilea rând, încălcarea dreptului la un proces echitabil prin nesocotirea unei dispoziții legale care reglementează desfășurarea procesului penal nu constituie un caz de nulitate absolută, care ar determina în mod automat desființarea hotărârii și trimiterea spre rejudecare la instanța a cărei hotărâre a fost desființată, ci urmează regimul nulităților relative, ce presupune, printre altele dovedirea vătămării procesuale și imposibilitatea invocării acesteia din oficiu. În cauză, s-a constatat că „instanța de apel, în virtutea caracterului devolutiv al apelului, are dreptul de a reexamina toate aspectele ce au format obiectul judecății în primă instanță, inclusiv dreptul de a da o nouă apreciere probelor administrate”, astfel încât argumentele apărării anterior menționate au fost înlăturate iar, pe fondul cauzei, cu opinie majoritară, a fost admis apelul, a fost desființată în parte sentința atacată și s-a procedat la rejudecarea în fond de către instanța de apel, în sensul de a se modifica doar forma de individualizare judiciară a executării pedepsei, prin reținerea art. 91 C. pen.

Această optică fusese agreată și anterior, la scurt timp după intrarea în vigoare a Noului Cod de procedură penală, cu ocazia unei întâlniri a reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor penale ai Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel, dedicate discutării aspectelor de practică neunitară în materia dreptului penal și procesual penal, ce a avut loc în perioada 27-28 noiembrie 2014. Astfel, cu privire la consecințele constatării de către instanța de apel a neefectuării cercetării judecătorești de către prima instanță și posibilitatea de a dispune trimiterea cauzei spre rejudecare instanței de fond, participanții la întâlnire au stabilit că instanța de apel nu poate pronunța decât o soluție de respingere sau de admitere și desființare cu rejudecare de către instanța de apel, în urma efectuării cercetării judecătorești în apel. În acest sens, s-au avansat următoarele argumente principale: pe de o parte, desființarea

²² C. Ap. Craiova, dec. pen. nr. 1249/2015, anterior citată.

²³ C. Ap. București, S. I pen., dec. nr. 495 din 22 martie 2016, www.rolii.ro.

sentinței instanței de fond cu trimitere spre rejudecare este posibilă doar în ipotezele strict prevăzute de lege [art. 421 pct. 2 lit. b) C. pr. pen.], iar motivele de nulitate absolută sunt expres prevăzute de art. 281 C. pr. pen., lipsa cercetării judecătorești nefiind enumerată printre acestea; pe de altă parte, în reglementarea Noului Cod de procedură penală, apelul reprezintă „un veritabil remediu procesual”, prin care pot fi înlăturate în egală măsură aspectele de nelegalitate și netemeinicie, prin rejudecarea fondului cu respectarea tuturor garanțiilor prevăzute pentru faza judecătii²⁴.

În sens contrar, s-a reținut într-o altă speță că este justificată trimiterea cauzei spre rejudecare în condițiile în care dublul grad de jurisdicție presupune o judecată devolutivă atât în fața instanței de fond, cât și în fața instanței de control judiciar. Or, în situația în care judecata în primă instanță nu a urmat regulile prevăzute în art. 349 și urm. C. pr. pen., având un caracter superficial, hotărârea pronunțată în cel dintâi grad de jurisdicție nu poate fi luată în considerare și, în consecință, nu poate fi substituită de hotărârea instanței de apel, întrucât ar presupune efectuarea cercetării judecătorești direct în apel, fără a parcurge toate etapele judecătii, încălcându-se dreptul la apărare al inculpatului și persoanei vătămate, precum și dreptul de a beneficia de două grade de jurisdicție²⁵.

III. Concluzii

Analizând abordările organelor judiciare române expuse în exemplele de mai sus, în opinia mea, în mod judicios s-a făcut aplicarea directă a prevederilor art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, depășindu-se dihotomia nulitate absolută – nulitate relativă, care ar fi condus la o soluție în contradicție cu standardele europene în materia drepturilor fundamentale, și aplicându-se sancțiunea „inaplicabilității normei interne contrare Convenției pentru raportul juridic concret și cu privire la situația conflictuală supusă examinării”²⁶.

De lege ferenda, având în vedere că interpretarea adecvată în materia protecției drepturilor omului nu poate fi decât evolutivă²⁷, iar jurisprudența CEDO a reprezentat constant un catalizator pentru intervenții legislative în domeniul procesual penal²⁸, ar fi oportună includerea, printre motivele care, în urma admiterii contestației sau apelului, după caz, ar atrage desființarea hotărârii și ar determina rejudecarea cauzei de către judecătorul sau completul care a pronunțat-o, și a unor ipoteze care să vizeze asigurarea efectivă a dreptului la un proces echitabil, consacrat în art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a dreptului la două grade de jurisdicție în materie penală, consacrat în art. 2 din Protocolul nr. 7 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului. În acest fel, organele judiciare române nu ar mai fi nevoite să recurgă la aplicarea directă a CEDO și s-ar înlătura echivocul izvorât din eventualele soluții jurisprudențiale neunitare.

²⁴ *Aspecte de practică neunitară în materia dreptului penal și procesual penal. Minuta întâlnirii reprezentanților CSM cu președinții secțiilor penale de la ÎCCJ și curțile de apel*, 12 decembrie 2014, www.juridice.ro.

²⁵ C. Ap. Cluj, S. pen. și de minori, dec. nr. 625/A din 29 aprilie 2015, www.curteadeapelcluj.ro, apud <http://www.legal-land.ro>.

²⁶ Bîrsan C., *op. cit.*, p. 102.

²⁷ Renucci J.-F., *op. cit.*, p. 33.

²⁸ Coman R.M., *Efectele jurisprudenței Curții de la Strasbourg asupra procesului penal român*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 36 și urm.

UNELE ASPECTE PRIVIND CONFISCAREA EXTINSĂ

*Ion FLĂMÎNZEANU**

Abstract:

In Romanian legislation – an extended confiscation former introduced by Law no. 63/2012 amending and supplementing the Criminal Code of Romania and of Law no. 286/2009.

The current Criminal Code in article 112 paragraph 1 mentions that two categories of special goods, subject to confiscation, compared to what the old code version does this, the provisions of article 118, article 112 of the IAR - WE embody the concepts on extended confiscation.

Keywords: *crime, confiscation, goods, probe, revenues*

Conform dicționarului explicativ al limbii române¹, se înțelege prin cuvântul „confisca”, sau „a confisca”, a lua de la cineva un bun, fără despăgubire, pe temeiul unei hotărâri judecătorești sau în urma dispoziției unei autorități. Provine din latinescul *confiscare*, în limba franceză *confisquer*.

În legislația penală română, la art. 112¹ alin. (1) C. pen.² avem înserate noțiunile ce prevăd *confiscarea extinsă*.

În cazul în care persoana este condamnată, pentru comiterea unei infracțiuni, pentru care legea prevede o pedeapsă cu închisoarea mai mare de 5 ani și care este susceptibilă, să îi procure un folos material, instanța poate dispune și confiscarea altor bunuri decât cele menționate la art. 112, dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

- Valoarea bunurilor dobândite de persoana condamnată, într-o perioadă de cinci ani înainte și, dacă este cazul după momentul săvârșirii infracțiunii, până la data punerii în mișcare a acțiunii penale, depășește în mod vădit veniturile obținute de acesta în mod vădit.

- Instanța are convingerea, că bunurile respective provin din activități de natura celor care au atras condamnarea.

Pentru a fi cât se poate de explicit, vom prezenta și categoriile de bunuri supuse confiscării prevăzute în actualul Cod la art. 112, cu menționarea că în vechiul Cod cel din 1968 – acestea erau prevăzute în art. 118 – iar actualul cod nu face diferențieri majore.

In concreto sunt supuse confiscării speciale³: a) bunurile produse prin săvârșirea faptei prevăzute de legea penală; b) bunurile care au fost folosite, în orice mod, sau destinate a fi folosite, la săvârșirea unei fapte prevăzută de legea penală, dacă sunt ale

* Lector univ. dr., Universitatea „Spiru Haret”; cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, al Academiei Române; e-mail: ionflaminzeanu@yahoo.com.

¹ *Dicționarul Explicativ al Limbii Române*, ed. a II-a, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1998, p. 211, sub egida Academiei Române, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan”.

² Noul Cod de procedură penală – publicat în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010 – intrat în vigoare la 1 februarie 2014 (Legea nr. 135) a fost modificat prin Legea nr. 155 din 19 iulie 2013, publicată în M. Of. nr. 515 din 14 august 2013.

³ F. Ciopec, *Confiscarea extinsă – între de ce și cât de mult?*, Ed. C.H. Beck, Colectie Praxis, 2015, p. 10-25.

făptuitorului sau dacă, aparținând altei persoane, aceasta a cunoscut scopul folosirii lor; c) bunurile folosite, imediat după săvârșirea faptei, pentru a asigura scăparea făptuitorului sau păstrarea folosului obținut, d) bunurile care au fost date pentru a determina săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, sau pentru a răsplăti pe făptuitor; e) bunurile a căror deținere este interzisă de legea penală.

Pentru a face o incursiune în timp, la nivel european putem spune că prima încercare serioasă, privind promovarea confiscării veniturilor ilicite a fost, Convenția Organizațiilor Națiunilor Unite împotriva traficului ilicit de stupefiante și substanțe psihotrope, denumită Convenția de la Viena din 1988. Deși discuțiile principale au purtat în special, asupra criminalității legate de droguri, tangențial această convenție conține multe dispoziții inovatoare, privind confiscarea veniturilor ilicite care au modelat și au influențat multe alte instrumente, ce vizează confiscarea penală la nivel internațional, regional, local.

Apoi Convenția de la Viena din noiembrie 1990, convenția Consiliului Europei privind spălarea, descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor infracțiunii, denumită convenția de la Strasbourg din 1990 – o adevărată „piatră de hotar reală”, în promovarea confiscării veniturilor ilicite.

Convenția Națiunilor Unite, împotriva criminalității transnaționale organizate, denumită Convenția de la Palermo – decembrie 2000. Printre altele s-a pus în discuție că în cadrul unei mai bune cooperări pentru prevenirea și combaterea mai eficientă a criminalității organizate, la identificarea și confiscarea veniturilor ilicite, aceasta să reprezinte un mijloc important, astfel încât statele să introducă măsuri, care să permită confiscarea bunurilor derivate din activitatea infracțională și ridica posibilitatea de a inversa sarcina probei în cadrul unei proceduri de confiscare.

În legislația română, confiscarea extinsă ca o nouă măsură de siguranță a fost introdusă prin Legea nr. 63/2012 pentru modificarea și completarea Codului penal al României și a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal.

Această lege transpune în legislația națională art. 3 din Decizia-cadru 2005/212/JAI a consiliului din 24 februarie 2005 privind confiscarea produselor, a instrumentelor și a bunurilor având legătură cu infracțiunea, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L nr. 68 din 15 martie 2005⁴.

Confiscarea extinsă, conform prevederilor art. 112¹ C. pen. poate fi dispusă numai atunci când sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții, și anume: calitatea de infractor a făptuitorului, condamnarea acestuia, în speță pentru săvârșirea uneia dintre infracțiunile enumerate limitativ de art. 118² C. pen., valoarea bunurilor dobândește în mod vădit veniturile obținute licit⁵.

O ultimă condiție fiind cea referitoare la convingerea instanței că bunurile supuse confiscării provin din infracțiuni de natura celor pentru care este condamnat infractorul⁶,

⁴ Decizia-cadru 2005/212/JAI a Consiliului din 24 februarie 2005 privind confiscarea produselor, a instrumentelor și a bunurilor având legătură cu infracțiunea, a fost adoptată la Bruxelles.

⁵ Valoarea bunurilor dobândite de persoana condamnată într-o perioadă de 5 ani înainte și dacă este cazul, după momentul săvârșirii infracțiunii, până la data emiterii actului de sesizare a instanței; a se vedea pe larg și Neconstituționalitatea și inutilitatea dispozițiilor care reglementează confiscarea extinsă, Mihai Hotca.

⁶ L. Stanciu, Conferința internațională „Confiscarea extinsă: cât recuperăm”. Această conferință a fost organizată la București pe data de 16 septembrie 2013 în cadrul proiectului „Supporting the confiscation and recovery of proceeds of crime in Romania”; a se vedea în același sens și L. Lefterache, *Confiscarea extinsă în*

iar prin dispunerea măsurii de siguranță să fie înlăturată o stare de pericol și să se preîntâmpine săvârșirea de noi fapte prevăzute de legea penală.

Măsurile asigurătorii sunt „măsurile procesuale cu caracter real care au ca efect indisponibilizarea bunurilor mobile și imobile care aparțin suspectului/inculpatului sau părții responsabile civilmente în vederea confiscării speciale, confiscării extinse, executării pedepsei amenzii sau a cheltuielilor judiciare ori a acoperirii despăgubirilor civile”⁷.

Conform art. 252-254 C. pr. pen., există 3 categorii de măsuri asigurătorii: sechestrul propriu-zis, notarea ipotecară, poprirea, cu mențiunea că notarea ipotecară și poprirea sunt considerate forme speciale ale sechestrului⁸.

Măsurile asigurătorii au caracter provizoriu, având rolul de a preveni distrugerea/înstrăinarea bunurilor. Prin ascundere se înțelege orice manevră de a se pierde controlul fizic asupra unui bun, pentru a li se pierde urma⁹. Distrugerea/dezmembrarea bunurilor în părți componente, astfel încât să nu mai poată fi urmărite¹⁰.

Înstrăinarea trecerea unui bun prin vânzare, donație din patrimoniul persoanei urmărire penal în patrimoniul alte persoane¹¹.

Sustragerea/scoaterea de sub controlul organelor judiciare prin orice alte mijloace decât cele prezentate anterior.

Competența în cazul luării măsurilor asigurătorii este următoarea: în cursul urmăririi penale, se dispune de procuror, prin ordonanță motivată în fapt și drept conform art. 286 alin. (1) lit. d) C. pr. pen.; în cursul procedurii de cameră preliminară, judecătorul de cameră preliminară dispune prin încheiere motivată; în cursul judecății, instanța de judecată, prin încheiere motivată¹².

Persoanele care pot cere luarea măsurilor asigurătorii sunt: procurorul din oficiu la cererea părții civile¹³, de judecătorul de cameră preliminară din oficiu la cererea procurorului, la cererea părții civile.

Cererea procurorului se poate face inclusiv prin rechizitoriu¹⁴ de instanța de judecată din oficiu la cererea procurorului la cererea părții civile.

Art. 249 C. pr. pen. nu precizează categoriile de bunuri asupra cărora se poate institui sechestrul, însă art. 249 alin. (8) C. pr. pen. arată că nu pot fi sechestrate: bunuri care aparțin unei instituții publice sau autorități¹⁵ bunuri care aparțin altor persoane de drept public bunuri exceptate de lege¹⁶.

jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, în *Analele Universității din București, Drept*, 2014, p. 3-9.

⁷ I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de drept procesual penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 654.

⁸ *Idem*.

⁹ N. Volonciu, Andreea Uzlaș, *Noul Cod de procedura penală*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 567.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

¹² M. Udrișu ș.a., *Codul de procedura penală. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2015., p. 709; Denisa Barbu, *Drept procesual penal. Partea generală*, Ed. Lumen, Iași, 2016, p. 309-310.

¹³ Doar dacă măsura privește repararea pagubei produse prin infracțiune și pentru garantarea executării cheltuielilor judiciare ale acesteia.

¹⁴ Conform art. 330 C. pr. pen.

¹⁵ Orice organ al statului sau al unităților administrativ-teritoriale, art. 2 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ (M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004, inclusiv autoritățile publice

Măsura sechestrului asigurător se poate institui asupra tuturor tipurilor de bunuri, întinderea sechestrului fiind diferențiată doar de proprietar¹⁷, astfel: a) pot fi sechestrate bunurile din proprietatea suspectului/înculpatului: pentru garantarea executării amenzii; în vederea confiscării speciale sau extinse; în vederea reparării pagubei produse prin infracțiune;

pentru garantarea executării cheltuielilor judiciare¹⁸, b) pot fi sechestrate bunurile părții responsabile civilmente pentru repararea pagubei produse prin infracțiune; garantarea executării cheltuielilor judiciare¹⁹. pot fi sechestrate bunurile aflate în proprietatea sau posesia unei terțe persoane pentru: confiscarea specială; confiscarea extinsă²⁰.

Luarea măsurilor asigurătorii, este obligatorie dacă persoana vătămată este o persoană lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitatea de exercițiu restrânsă, însă instituirea sechestrului nu poate împiedica suspectul sau inculpatul să își procure mijloacele de trai²¹.

Instituirea măsurii sechestrului asigurător trebuie motivată, arătând în cuprinsul acesteia și îndeplinirea condițiilor legale privind: necesitatea, întinderea prejudiciului sau valorii necesare pentru care se solicită sechestrul, dar și valoarea care urmează a fi garantată în acest fel²².

Măsura sechestrului poate fi dispusă în toate cazurile în care s-a produs un prejudiciu sau legea impune confiscarea specială sau extinsă²³.

Art. 249 alin. (2) C. pr. pen. prevede ca efect al măsurii asigurătorii indisponibilizarea bunurilor.

Considerăm ca și alți autori²⁴ că existența măsurii asigurătorii nu determină nici suspendarea și nici executarea silită asupra bunului respectiv.

Un argument invocat, ce are legătură cu aceste aspecte se referă la principiul penalul ține în loc civilul²⁵.

Un alt argument pe care îl îmbrățișăm, este, că în lipsa unei dispoziții legale exprese în sensul suspendării, nimic nu justifică, la acest moment, suspendarea executării silite²⁶.

Mai mult, conform art. 863 C. pr. civ. s-ar putea ajunge la desființarea măsurii asigurătorii luate de organele penale pe o altă cale decât cea prevăzută de art. 250 C. pr. pen.

locale cf. Legii nr. 215/2001 a administrației publice locale, republicată M. Of. nr. 123 din 20 februarie 2007).

¹⁶ Facem trimitere la dispozițiile art. 726-728 C. pr. civ.

¹⁷ D. Barbu, *op. cit.*, p. 310; D. Barbu, A. Petrea, *Caiet de seminar. Drept procesual penal. Partea generală*, Ed. Lumen, Iași, 2016, p. 285-286.

¹⁸ N. Volonciu ș.a., *op. cit.*, p. 568.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ N. Volonciu ș.a., *op. cit.*, p. 569.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ M. Udrioiu ș.a., *op. cit.*, p. 720.

²⁵ Conform art. 27 alin. (1) C. pr. pen. și art. 28 C. pr. pen. corelat cu art. 1365 C. civ.; a se vedea și A. Crișu, *Drept procesual penal*, ed. a III-a, revizuită și actualizată, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 169.

²⁶ I. Gârbuleț, *Vânzarea la licitație publică a bunurilor imobile sechestrate în cadrul procesului penal*, în RRES nr. 1/2010, p. 16.

Durata măsurilor asigurătorii durează pe tot parcursul procesului penal, dacă nu se dispune ridicarea (revocarea) acestora.

Ridicarea măsurilor asigurătorii, se poate dispune de aceleași organe judiciare, care le-au dispus, în funcție de faza procesuală în care se află, similar contestației prevăzute de art. 250 C. pr. pen.

Prin pronunțarea hotărârii, procurorul sau instanța dispune și cu privire la menținerea măsurilor asigurătorii²⁷.

Art. 397 alin. (5) C. pr. pen. prevede un caz special de încetare a măsurilor asigurătorii, când acestea încetează de drept în termen de 30 de zile de la pronunțarea hotărârii, prin care acțiunea civilă a fost lăsată nesoluționată în temeiul art. 25 alin. (5) C. pr. pen., iar persoana vătămată nu a introdus acțiune la instanța civilă²⁸.

În cazul măsurilor asigurătorii luate în cursul camerei preliminare sau judecății, doctrina²⁹ a arătat că acestea sunt aduse la îndeplinire de executorii judecătorești³⁰.

Cu această opinie, nu suntem de acord, întrucât executorul judecătoresc nu lucrează fără să fie remunerat, iar în practică, în cazul în care aceste măsuri au fost luate de instanță prin încheiere³¹, aceasta stabilește care organe le pune în executare: procurori; ANAF; organe de cercetare penală³² ori le pune ea în executare făcând demersuri în acest sens³³.

Suntem de părere, că instanța sau judecătorul de cameră preliminară ar trebui să pună în executare dispozițiile privind măsurile asigurătorii chiar și atunci când sunt luate în cursul judecății/camerei preliminare, astfel, nici măcar procurorul nu mai are atribuții, având în vedere că dosarul este deja la instanță³⁴.

Punerea în executare a măsurilor asigurătorii se face având în vedere natura bunurilor sechestrate.

Așadar, în funcție de conținutul dispoziției de sechestrare se procedează: fie la identificarea bunului și luarea lui în custodie; fie se inventariază toate bunurile suspectului/inculpatului, ale părții responsabile civilmente sau ale persoanelor care dețin bunurile indicate, procedându-se la identificarea și evaluarea lor³⁵.

Drept comparat. În ceea ce privește această măsură a confiscării extinse, relativ nouă, tendința nu este exclusiv europeană, ci mai degrabă una la nivel internațional de a transforma metodele menite să creeze instrumente eficiente care să contribuie la diminuarea infracțiunilor grave, în acest context, înscriindu-se și probațiunea și

²⁷ Conform art. 315 alin. (2) art. 393 alin. (3), art. 397 alin. (2), art. 404 alin. (4), precum și art. 422 C. pr. pen.

²⁸ D. Barbu, *Some Aspects Concerning the Civil Action in the Criminal Proceedings*. Prezentată la World Lumen Congress Logos Universality Mentality Education Novelty, 15th Anniversary Edition, Iași, Romania, April 12-17, 2016. Disponibil online la adresa: <http://conferinta.info/program-wlc2016/>

²⁹ M. Udrioiu, *Procedură penală. Partea generală. Noul Cod de procedură penală*, 2014, p. 603; N. Volonciu ș.a., *op. cit.*, p. 573, A. Zarafiu, *Procedură penală. Partea generală. Partea specială*, 2014, p. 246.

³⁰ Art. 7 lit. e) din Legea nr. 188/2000 privind executorii judecătorești (M. Of. nr. 738 din 20 octombrie 2011).

³¹ D. Barbu, *op. cit.*, p. 312.

³² Conform art. 574 C. pr. pen.

³³ Art. 553 alin. (4) C. pr. pen.; art. 253 alin. (4) C. pr. pen.

³⁴ M. Udrioiu ș.a., *op. cit.*, p. 729.

³⁵ D. Barbu, *op. cit.*, p. 315.

săvârșirea sarcinii probei, motiv pentru care prezentăm tendințele existente în câteva state europene³⁶.

Astfel, în Franța prevederile din art. 131-21 C. pen. au fost puse în acord cu Decizia-cadru 2005/212/JAI privind confiscarea produselor, a instrumentelor și a bunurilor având legătura cu infracțiunea.

Printre infracțiunile care fac obiectul confiscării extinse enumerăm: traficul de stupefiante și spălarea banilor, trafic de ființe umane, actele de terorism, contrafacere de monedă Euro etc., delictelor de presă în schimb nu pot antrena măsuri de confiscare. În dreptul penal german dispozițiile au fost completate în totalitate cu prevederile Deciziei-cadru, atât în ceea ce privește confiscarea specială, cât și cea extinsă.

În Olanda este permisă confiscarea bunurilor provenind din infracțiunile pentru care o persoană a fost condamnată, fiind permisă și confiscarea bunurilor care probabil provin din alte activități infracționale.

Codul belgian în art. 42-43 din cadrul subsecțiunii III intitulată „Confiscarea specială”, corespunde în mare măsură cu exigențele Deciziei-cadru în materie.

De asemenea, și Codul spaniol prevede expres că în situația infracțiunilor săvârșite cu intenție, și chiar a celor din culpă pentru care se aplică o pedeapsă privativă de cel puțin 1 an, această formă a confiscării extinse prinde contur în cazul infracțiunilor privind traficul de persoane, de droguri, infracțiuni de spălare a banilor, terorism, fraude comise prin sistemul informatic și mijloace de plată electronice, regimul armelor și munițiilor etc.

În Spania, în scopul înlesnirii aplicării măsurii confiscării extinse, se stabilește o prezumție conform căreia se confiscă bunurile provenite din activități infracționale, în situația în care valoarea patrimoniului este disproporționată raportată la veniturile obținute în mod licit cu privire la fiecare persoană condamnată pentru săvârșirea unor infracțiuni în cadrul unei organizații sau grupări criminale³⁷.

Măsura se aplică de organele judiciare, judecător și instanța de judecată, operând ca să spunem așa și atunci când avem exonerare de răspundere penală sau a intervenit prescripția răspunderii penale pentru fapta săvârșită. În situația în care bunurile provin din comerțul licit, bunurile confiscate pot fi vândute, în situația celui ilicit vor fi distruse.

În Ungaria, Legea nr. IV-1978 privind modificarea Codului penal în domeniul confiscării prevede în art. 773/B alin. (4) inversarea sarcinii probei pentru toate bunurile care au fost dobândite în timpul în care gruparea de crimă organizată a săvârșit infracțiuni.

Bunurile care au fost produse prin săvârșirea faptei prevăzute de legea penală ori cele ce au servit ori au fost destinate să servească la săvârșirea infracțiunii au și calitatea de corpuri delictuale adică sunt mijloace materiale de probă, deoarece ele pot să conțină sau să poarte o urmă a faptei săvârșite (de exemplu toporul cu care s-a comis omorul) și, care atare, pot servi la aflarea adevărului. Având această calitate, bunurile pot fi ridicate chiar înainte de rămânerea definitivă a hotărârii. În Codul de procedură penală măsura confiscării extinse ca măsură de siguranță este prevăzută în art. 574 – distrugerea bunurilor confiscate se va face doar în prezența judecătorului întocmindu-se un proces-verbal în acest sens.

³⁶ G. Antoniu, T. Toader (coord.), *Explicațiile Noului Cod penal*, vol. II – Art. 53-187, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 330 și urm.

³⁷ *Ibidem*, pp. 334-335.

UNELE OBSERVATII CU PRIVIRE LA EXCESUL NEIMPUTABIL

Oana Roxana IFRIM*

Abstract:

The author analyzes the state of self-defense (Article 26) and the state of emergency (article 26), causes reproach, along with related articles (over self-defense) and (overcoming the necessity) of art. 75 of the Criminal Code. (Statutory mitigating circumstances) by a comparative analysis.

Keywords: *not be attributable to excess, exceeding the limits of self-defense, exceeding limits required status*

1. Așa cum se poate observa, Codul penal în vigoare¹, spre deosebire de Codul penal anterior, prevede distinct cauzele justificative (legitimă apărare și starea de necesitate) de două cauze de neimputabilitate, și anume starea de legitimă apărare (art. 26 alin. (1)) și starea de necesitate (art. 26 alin. (2)).

Sub acest aspect, remarcăm în mod just că cele două cauze în care se poate ivi *excesul neimputabil* sunt diferite și sunt supuse reglementării în cadrul a două alineate diferite. În acest context, vom analiza succesiv, mai întâi *excesul neimputabil prevăzut în art. 26 alin. (1) C. pen.* și apoi *excesul neimputabil prevăzut în art. 26 alin. (2) C. pen.*

2. Referindu-ne la *excesul neimputabil* în cazul stării de legitimă apărare, se poate observa că aceasta constituie una dintre cauzele care înlătură caracterul imputabil al faptei săvârșită. Această cerință rezultă în mod explicit din dispoziția cuprinsă în art. 26 C. pen. alin. (1) care caracterizează ca *exces de apărare „depășirea” limitelor* „unei apărări proporționale cu gravitatea pericolului și cu împrejurările în care s-a produs atacul”².

În aceste condiții, ne întrebăm care sunt limitele legitimei apărării și a condițiilor în care aceste limite pot fi considerate ca „depășite”³?

La această întrebare, în doctrina penală română⁴, s-a răspuns pe de o parte că avem *exces neimputabil*, caz în care fapta săvârșită în asemenea împrejurări nu este imputabilă

* Conf. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative, Universitatea „Spiru Haret”, București; e-mail: rionescu_2007@yahoo.com.

¹ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

² Din aceasta perspectiva, de observat că proporționalitatea dintre fapta săvârșită în apărare și gravitatea atacului constituie o condiție a legitimei apărări, iar nu a stării de legitimă apărare. Sub acest aspect a se vedea, pe larg, Vintilă Dongoroz, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, Ed. Academiei, București, vol. I, p. 255 și urm.; Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, *Drept penal, român, conform noului Cod penal, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 194, pp. 175-179.

³ În această privință, observăm că noțiunea *depășit* este folosită în *lucrările autorilor români de drept penal* atât în cazul excesului justificat, cât și în cazul circumstanțelor atenuante legale. Chiar mai mult decât atât, constat că *această expresie este folosită de legiuitorul Codului penal în vigoare pentru a denumi atât circumstanțelor atenuante legale, cât și excesului justificat*. Cu toate acestea, *după părerea noastră*, propunem ca termenul citat, să fie menționat numai în cazul circumstanțelor legale.

⁴ C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal, român, conform noului Cod penal, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 194.

făptuitorului (art. 26 alin. (1)⁵), iar, pe de altă parte avem *excesul scuzabil*, caz în care fapta prevăzută de legea penală este infracțiune și *depășirea legitimei apărări* are natură juridică a unei *circumstanțe atenuante legale* (art. 75 lit. b) C. pen.). Aceeași idee o găsim și la profesorul George Antoniu⁶. În viziunea savantului, este posibil ca fapta să fie săvârșită în *stare de legitimă apărare* și totuși, să nu constituie o cauză de neimputabilitate, dacă a *depășit limitele* de proporționalitate⁷.

De pildă, analizând această problemă unii autori⁸, au menționat o „*depășire*” a *limitelor legitimei apărări* se produce ori de câte ori nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege cu privire la atacul împotriva căruia se efectuează apărarea. Fapta săvârșită pentru înlăturarea unui atac care nu era material, direct sau injust, ori care nu era îndreptat contra persoanei sau contra drepturilor unei persoane sau care, în fine, nu era actual⁹ ș.a. Nu poate fi considerată ca săvârșită în legitimă apărare. De observat că în toate aceste cazuri fapta este săvârșită în afara limitelor legitimei apărări¹⁰.

Pe lângă aceasta situație, „*depășirea*” *limitelor legitimei apărări* este posibilă și în condițiile existenței *stării de legitimă apărare*, și anume prin „*depășirea*” *proporționalității* apărării cu atacul, adică prin *exces de apărare*. Acesta este și *cazul cel mai frecvent de „depășire”* a limitelor legitimei apărări¹¹.

Privită din această perspectivă, nu se poate vorbi, despre un raport matematic între intensitatea faptei de apărare și gravitatea atacului produs. Prin urmare, proporționalitatea urmează să se stabilească deci, ținându-se seama nu numai de felul și gravitatea atacului, dar și de toate împrejurările în care acesta s-a produs sau amenința să se producă. În genere este admis că între atac și ripostă trebuie să existe o concordanță acceptabilă în împrejurările în care acesta s-a produs sau amenința să se producă. În principiu, este admis că între atac și ripostă trebuie să existe o concordanță acceptabilă în împrejurările în care s-a săvârșit fapta.

Mai mult decât atât, remarcăm că, în doctrina penală, s-a arătat că *excesul de apărare* ar trebui considerat o *legitimă apărare improprie*, asimilându-l cu legitima apărare și tratându-l atunci când este datorat unei *stări subiective emoționale* a persoanei care se apără (așa-numitul *exces neimputabil*), fie ca pe o circumstanță atenuantă obligatorie (așa-numitul *exces scuzabil*). Adăugăm și faptul că, legea penală prevede *excesul neimputabil*, ținând seama de împrejurarea că persoana care acționează în stare

⁵ În acest sens, amintim că nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită de persoana aflată în stare de legitimă apărare care a depășit, din cauza tulburării sau temerii, limitele unei apărări proporționale cu gravitatea pericolului atacului.

⁶ A se vedea G. Antoniu, *Explicațiile preliminare ale noului Cod penal*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2010, *op. cit.*, p. 231.

⁷ A se vedea Vintilă Dongoroz, *Explicații teoretice ale Codului penal*, Ed. Academiei, vol. I, p. 255 și urm.

⁸ A se vedea George Antoniu, și colab., *Explicațiile preliminare ale noului Cod penal*, Ed. Universul Juridic, vol. I, 2010, p. 232.

⁹ Sub acest aspect a se vedea Trib. Suprem, S. pen., dec. nr. 113 din 9 ianuarie 1970, în RRD 1970, nr. 5, p. 168.

¹⁰ A se vedea Trib. Suprem, S. pen., dec. nr. 3356 din iunie 1970, în *Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1970*, Ed. Științifică, București, 1971, p. 312.

¹¹ Sub acest aspect, precizăm faptul că această soluție este considerată atât în doctrina penală, cât și în Codul penal o cauză de neimputabilitate – V. Dongoroz, în *Explicații teoretice*, vol. I, p. 357, G. Antoniu și colab., *op. cit.*, p. 188.

de legitimă apărare încearcă adeseori o puternică tulburare și un sentiment de teamă în fața agresiunii, care îl fac să reacționeze în mod exagerat. Temeiul înlăturării caracterului penal al faptei care constituie un exces neimputabil îl constituie lipsa vinovăției faptuitorului și existența constrângerii care anihilează libertatea de voință¹².

Tot astfel, pentru existența cauzei de neimputabilitate trebuie să se stabilească starea de tulburare sau de temere în care s-a aflat făptuitorul în momentul săvârșirii faptei. În acest sens, este necesar să se țină seama de împrejurările în care s-a produs atacul și de condiția psiho-fizică a celui ce s-a apărât excesiv, de condițiile de loc și de timp în care s-a desfășurat conflictul etc.

În același timp, s-a susținut că atunci când excesul de apărare nu este justificat, când deci replica disproporționată față de atac nu s-a datorat tulburării s-au temerii de care să fi fost stăpânit autorul, legea penală a ținut seama de condițiile în care are loc această depășire a limitelor stării de legitimă apărare, făcând din aceasta o circumstanță atenuantă (așa-numitul *exces scuzabil*¹³, art. 75 lit. b))

Din această analiză, rezultă că atunci când excesul nu este neimputabil, el este totuși scuzabil, iar temeiul acestei aprecieri al legiuitorului îl constituie pe de o parte împrejurarea că de cele mai multe ori cel atacat sau persoana care intervine în ajutorul lui nu-și poate da seama exact de natura atacului și de gravitatea pericolului, din care cauză depășirea apărării este explicabilă, iar pe de altă parte, împrejurarea că agresorul este acela care a ocazionat atât apărarea, cât și depășirea acesteia și deci este firesc ca el să sufere o parte din riscurile la care singur s-a expus prin comportarea sa.

Așa cum se poate observa chestiunea în discuție este controversată.

3. De asemenea, este interesant de constatat și faptul că pentru existența circumstanței atenuante a depășirii limitelor legitimei apărări se cer întrunite cumulativ următoarele condiții: mai întâi, fapta care constituie un exces de apărare să fi fost săvârșită în legitimă apărare. Numai dacă riposta celui atacat a avut loc în condițiile unei stări de legitimă apărare, adică în prezența tuturor condițiilor de legitimă apărare, adică în prezența tuturor condițiilor prevăzute de lege pentru existența acesteia, se poate vorbi de un exces, adică de o depășire a limitelor legitimei apărări. Dacă fapta este săvârșită în lipsa vreuneia dintre condițiile prevăzute la atacul care provoacă și justifică acțiunea de apărare nu se poate pune problema apărării sau a excesului de apărare¹⁴.

Apoi, fapta săvârșită în vederea înlăturării atacului să fi depășit limitele unei apărări legitime, adică să apară ca vădit disproporționată în raport cu gravitatea pericolului creat prin atac și ținând seama de împrejurările în care s-a săvârșit fapta.

În sfârșit, depășirea limitelor legitimei apărări să nu fi fost determinată de starea de tulburare sau temere a făptuitorului, adică să nu constituie un exces justificat, fiindcă în acest caz fapta ar fi considerată ca săvârșită în stare de legitimă apărare¹⁵.

¹² C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român, Partea generală*, op. cit., p. 194.

¹³ A se vedea G. Antoniu și colab., *Explicațiile preliminare ale noului Cod penal*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 231.

¹⁴ G. Antoniu și colab., op. cit., vol. II, 2015, p. 116.

¹⁵ A se vedea Costică Bulai, Bogdan N. Bulai, *Manual de drept penal, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 247.

Nu este greu de observat că în literatura de specialitate ca și în practica judiciară există o *deplină unitate* de vederi în privința condițiilor de existență a circumstanței atenuante pe care o analizăm¹⁶. Din această analiză succintă rezultă că *excesul scuzabil* se caracterizează din punct de vedere *obiectiv* printr-un plus de reacție față de gravitatea atacului, iar din punct de vedere *subiectiv* prin lipsa vreunei temeri sau tulburări în starea psihică a făptuitorului. În aceste condiții, autorul de regulă, care săvârșește excesul de apărarea scuzabil acționează cu vinovăție, sub forma *intenției*.

4. Apoi, după cum se știe este posibil însă, mai ales dacă ținem seama de condițiile în care are loc acțiunea de apărare, ca excesul de apărare să fie săvârșit sub influența unei *erori* de fapt cu privire la gravitatea atacului, la gradul de pericol pe care acesta îl prezintă sau la proporția dintre gravitatea pericolului și acțiunea săvârșită pentru înlăturarea acestuia. Dacă făptuitorul a acționat sub influența erorii de fapt și această eroare, ținând seama de condițiile date, *nu îi este imputabilă*, caracterul penal al excesului de apărare va fi înlăturat în temeiul dispoziției din art. 30 alin. (1) C. pen.¹⁷ Dacă însă eroarea cu privire la diferitele elemente care au determinat depășirea limitelor unei apărări proporționale; este ea însăși rezultatul culpei făptuitorului, rezultatul social periculos cauzat prin excesul de apărare este imputabil acestuia din culpă. Amintim, în acest sens, că excesul de apărare săvârșit din culpă constituie însă infracțiune numai dacă fapta astfel săvârșită este pedepsită și atunci când este săvârșită din culpă¹⁸.

În acest context, ni se pare că, deosebit de interesantă și poziția lui Ludovic Biró¹⁹. Astfel, autorul sublinia că faptele săvârșite în cazul exceselor de apărare datorate culpei *nu* constituie infracțiuni din culpă, *ci* infracțiuni cu rezultat *praeterintențional*, cum ar fi, de pildă, lovirea sau alte violente, vătămare corporală, lovirile sau vătămrile cauzatoare de moarte etc. În acest sens, se invocă ca argument ideea că excesul de apărare, indiferent că este săvârșit cu intenție sau din culpă, face ca întreaga activitate desfășurată de autor să devină infracțională datorită *rezultatului mai grav* decât cel proporțional cu gravitatea pericolului. Totodată, constatăm că autorul susține că la calificarea faptei trebuie să se aibă în vedere *întreaga activitate*, *nu* numai urmarea produsă; iar întrucât datorită unei erori, care este ea însăși rezultatul culpei sale, făptuitorul a produs un rezultat ce depășește intenția lui, numai acest rezultat îi este imputabil cu titlu de culpă, nu și întreaga activitate. Mai precizăm faptul că prin calificarea ca infracțiuni praeterintenționate a exceselor de apărare datorate culpei, s-ar ajunge la aplicarea unei pedepse mai corespunzătoare cu gradul de pericol social al faptelor astfel săvârșite²⁰.

O asemenea teză a fost socotită discutabilă în doctrina penală²¹. În acest sens, s-a arătat în doctrina penală, că noțiunea de *intenție depășită* (praeterintenția sau „*una a*

¹⁶ Vintilă Dongoroz, *Explicații teoretice ...*, vol. I, p. 358; Victor Ionescu, *Depășirea limitelor legitimei apărări* în Revista Română de Drept, 1969, nr. 11, p. 68; Ludovic Biró *Considerații referitoare la depășirea limitelor legitimei apărări*, în Revista Română de Drept, 1970, nr. 3, p. 110; *Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem*, pe anul 1970, p. 314.

¹⁷ A se vedea Ilie Pascu, Andreea Simona Uzlău, Gheorghe Muscalu, *Drept penal, Partea generală*, ed. a IV-a, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 244-246; Costică Bulai, Bogdan N. Bulai, *op. cit.*, p. 278.

¹⁸ A se vedea, Victor Ionescu, *Depășirea limitelor legitimei apărări*, în RRD, 1969, nr. 11, p. 70.

¹⁹ A se vedea, Ludovic Biró, *Considerații referitoare la depășirea limitelor legitimei apărări*, în RRD, 1970, nr. 3, p. 113.

²⁰ *Idem*.

²¹ A se vedea, Victor Ionescu, *Legitima apărare și starea de necesitate* (teză pentru obținerea titlului de doctor în drept), București, 1970, Biblioteca Institutului de Cercetări Juridice, p. 132 și urm.

dorit, altceva a ieșit), nu poate fi aplicată în cazul *excesului de apărare*. Intenția depășită presupune săvârșirea în vederea unui anumit rezultat, a unei fapte care constituie elementul material al unei infracțiuni (*primum delictum*²²), faptă care a cauzat însă un rezultat în plus, iar acest rezultat în plus conduce fie la o altă infracțiune mai gravă, fie la o formă mai gravă a aceleiași infracțiuni (*majus delictum*)²³. O asemenea situație nu există în cazul excesului de apărare care presupune în mod obligatoriu o stare de legitimă apărare. Fapta săvârșită în această stare are drept scop totdeauna să înlăture un atac care întrunește condițiile cerute de lege pentru ca fapta săvârșită pentru a-l înlătura să fie considerată o legitimă apărare. De aceea, o asemenea faptă nu poate fi privită ca un *primum delictum*, iar rezultatul social periculos excesiv nu decurge dintr-o faptă comisă în forma mixtă de vinovăție, intenție și culpă, ci *exclusiv* din depășirea, dintr-o eroare imputabilă, a limitelor unei apărări proporționale²⁴. De aceea rezultatul produs prin excesul de apărare, de vreme ce se datorează culpei, nu poate fi imputat făptuitorului decât cu titlul de culpă, de exemplu, vătămare corporală din culpă (art. 196 C. pen.) sau ucidere din culpă (art. 192 C. pen.).

5. În ceea ce privește posibilitatea de a aplica o *pedeapsă mai severă* pentru excesul de apărare scuzabil, datorat culpei prin asimilarea acesteia cu o faptă praeterintenționată nu suntem de părere că o asemenea interpretare a dispozițiilor legale corespunde într-adevăr voinței legiuitorului. O asemenea pretinsă concordanță a pedepsei cu gradul de pericol social al faptei înseamnă în fapt asimilarea, atât în ceea ce privește pericolul social al faptei, cât și în ceea ce privește pericolozitatea infractorului, a culpei cu praeterintenția, ceea ce ni se pare neîntemeiat.

Pentru toate aceste considerente împărtășim părerea celor care susțin că *excesul de apărare* datorat culpei nu constituie infracțiune decât dacă legea pedepsește săvârșirea faptei din culpă, depășirea limitelor legitimei apărări constituind și în acest caz o circumstanță atenuantă.

6. Cea de-a doua problemă se referă la înțelesul dispozițiilor cuprinse în art. 26 alin2 din C. pen. Potrivit acestui text, *starea de necesitate* constituie ca și starea de legitima apărare, o cauză de neimputabilitate săvârșită de o persoană care *nu* și-a dat seama, în momentul comiterii faptei, că pricinuieste urmări vădit mai grave decât cele care s-ar fi putut produce dacă pericolul nu era înlăturat.

Sub acest aspect, se poate observa că din textul citat, va exista o „depășire” a *limitelor stării de necesitate* ori de câte ori se va constata o disproporție vădită între gravitatea urmărilor produse de fapta săvârșită prin depășirea limitelor necesității și urmările ce s-ar fi putut produce prin neînlăturarea pericolului²⁵. În acest context, este util de amintit că disproporția trebuie să fie vădită, adică evidentă pentru autor în momentul săvârșirii faptei, în așa fel încât el și-a dat sau și-a putut da seama de caracterul vădit mai

²² George Antoniu și colaboratorii, *Noul Cod penal* vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pp. 200-201.

²³ Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, București, 1939, pp. 250-251; Vintilă Dongoroz, *Drept penal* (reeditarea ediției din 1939), București, 2000, p. 203.

²⁴ Mihaela Agheniței, *Unele reflecții în ceea ce privește infracțiunea complexă praeterintenționată*, RDP, nr. 4/2012, Ed. Universul Juridic, p. 82.

²⁵ George Antoniu și colab., vol. II, 2015, p. 118.

grav al urmărilor pe care le va produce prin fapta sa, decât urmările ce s-ar fi putut produce datorită pericolului. Dacă făptuitorul *nu și-a putut da seama* că produce urmări mai grave, condiția caracterului vădit mai grav al acestora nu este îndeplinită, așa că fapta va fi socotită ca săvârșită în limitele necesității și deci nu va avea caracter penal (*cauză de neimputabilitate*²⁶).

Concluzia pe care o desprindem ar fi aceea că, *depășirea conștientă* a limitelor stării de necesitate în condițiile arătate nu înlătură deci caracterul penal al faptei și ca atare, această depășire conștientă a limitelor stării de necesitate constituie o *circumstanță atenuantă obligatorie* potrivit dispoziției alin. (1) lit. c) din art. 75 C. pen.

De asemenea, constatăm că, din punct de *vedere subiectiv* se cere ca făptuitorul să-și fi dat sau să-și putut da seama, în momentul săvârșirii acțiunii de înlăturarea a pericolului, că fapta pe care o săvârșește va provoca *urmări vădit mai grave* decât acelea pe care le-ar putea produce pericolul neînlăturat. Așadar, este necesar să se constate că făptuitorul a acționat, în depășirea limitelor stării de necesitate, cu intenție sau din culpă. Deși din formularea cerinței că făptuitorul să-și fi dat seama că pricinuieste urmări vădit mai grave s-ar părea că depășirea limitelor stării de necesitate atrage răspunderea penală *numai* dacă este săvârșită cu intenție sau din culpă cu previziune.

Este de remarcat, totodată, că există emisă și o altă abordare potrivit căreia *interpretarea corectă* este aceea că și atunci când făptuitorul *nu și-a dat seama* că pricinuieste urmări mai grave, va trebui să răspundă pentru fapta săvârșită cu *depășirea limitelor necesității*²⁷.

7. În fine, în literatura de specialitate²⁸, s-a arătat că ar posibil ca făptuitorul să fi acționat sub *influența erorii de fapt* cu privire la existența pericolului sau cu privire la *proporția* dintre urmările posibile ale acestuia sau ale faptei prin care urmează să fie înlăturat, iar această eroare să-i fie imputabilă. Și în acest caz, răspunderea făptuitorului pentru depășirea limitelor necesității este pe deplin întemeiată, bineînțeles dacă fapta care constituie o depășire a limitelor necesității este pedepsită și atunci când este săvârșită din culpă.

²⁶ *Ibidem*, pp. 119-120.

²⁷ A se vedea Victor Ionescu, *Legitima apărare și starea de necesitate*, op. cit., p. 224.

²⁸ A se vedea pe larg, George Antoniu, și colab. *Explicațiile noului Cod penal*, vol. II, art. 53-187, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 118; Ilie Pascu, Andreea Simona Uzlaşu, Gheorghe Muscalu, *Drept penal, Partea generală*, ed. a IV-a, p. 247.

ARMONIZAREA LEGISLAȚIEI PENALE ROMÂNEȘTI CU DIRECTIVELE UNIUNII EUROPENE

*Eleni Cristina MARCU**

Abstract:

European criminal law is a rising field, both impacting and being affected by national criminal law. It draws its underlying foundations from established standards originating from common traditions of the Member States. Additionally, European Union instruments are exceedingly compelling over national criminal law, through approach making, authoritative instruments and translating case law. Criminal law field comes into European Union purview beginning with the selection of European Union Treaty, which initiated legal collaboration in criminal matters as an issue of regular intrigue. A vital occasion in the improvement of both generous and procedural criminal law inside the European Union was the going into drive of the Lisbon Treaty in December 2009. It accommodated a common skill in the field of criminal law between the European Union and the Member States, the last having the capacity to exercise their competence as long and seeing that the EU has chosen not to practice its own.

Access to justice is viewed as a constitutional right in European Union's law. Accordingly, the guideline of the control of law requiring legal audit of a demonstration meddling with a privilege of an individual and the comparing requirement for concede of a powerful cure, in instances of unjustified encroachment is ensured by the Charter. This rule is required by the thought of regard of effective rights of individuals and constitutes a fundamental part of democratic accountability.

Keywords: *european criminal law, national law harmonization, national jurisdiction having the possibility to adapt the European Union's legal instruments*

1. Considerații introductive

Modificări legislative importante au fost generate de necesitatea armonizării legislației naționale de drept penal substanțial și de drept procesual penal cu legislația europeană în sensul asigurării unui standard minim de respectare a drepturilor fundamentale ale omului, dar și combaterii criminalității organizate în domenii de infracționalitate ce cunosc o recrudescență deosebită, respectiv traficul de persoane, exploatarea copiilor și pornografie infantilă, terorismul, criminalitatea financiară (frauda, spălarea banilor, corupția), criminalitatea informatică, criminalitatea din domeniul mediului, și care impune măsuri comune și sancțiuni cât mai apropiate în legislațiile naționale¹.

Domeniul dreptului penal intră în competența Uniunii Europene începând cu adoptarea Tratatului Uniunii Europene², care a instituit cooperarea judiciară în materie

* Judecător, Secția penală, Curtea de Apel, Constanța, România.

¹ R. Schütze, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2015, pp. 117-120.

² Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), *OJ C 83*, 30 martie 2010, pp. 47-201

penală ca o problemă de interes comun (art. K1 din Tratatul de la Maastricht, care corespunde art. 29 din Tratatul de la Amsterdam). Un eveniment crucial în dezvoltarea atât a dreptului penal substanțial și procedural în cadrul Uniunii Europene a fost intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, în decembrie 2009. Acesta prevede o competență partajată în domeniul dreptului penal între Uniunea Europeană și statele membre, aceasta din urmă fiind în măsură să își exercite competența lor, atâta timp și în măsura în care Uniunea Europeană a decis să nu își exercite propria sa competență³.

În materia dreptului procesual penal, s-a realizat o legiferare masivă pentru a se aduce legislația națională la standardul exigențelor europene, o atenție deosebită acordându-se modului de reglementare a unor drepturi esențiale prin care se realizează și garantează dreptul la apărare și dreptul la un proces echitabil prin transpunerea în legislația națională a unor directive europene.

2. Modificări legislative privind dreptul la informare

Dreptul la informare este considerat o componentă esențială a dreptului la apărare și la un proces echitabil fiind reglementat prin Directiva 2012/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 mai 2012 privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale, existând dispoziții exprese și în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, exigențele privind respectarea acestui drept generând o importantă jurisprudență la nivelul Curții Europene a Drepturilor Omului. Directiva 2012/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 mai 2012 prin art. 3 reglementează dreptul la informare cu privire la dreptul persoanei suspectate sau acuzate, consacrand obligația statelor membre de a se asigura că persoanele suspectate sau acuzate sunt informate prompt cel puțin în ceea ce privește următoarele drepturi: dreptul de a fi asistat de un avocat, dreptul la consiliere juridică gratuită, precum și condițiile care trebuie îndeplinite pentru obținerea acestora, dreptul la interpretare și traducere, dreptul de a păstra tăcerea și dreptul de a fi informat cu privire la acuzare conform art. 6. Acest articol din Directiva menționată recunoscând importanța deosebită sub aspectul consecințelor asupra dreptului la un proces echitabil, reglementează pe larg, conținutul dreptului la informare cu privire la acuzare stabilind obligația statelor membre de a se asigura că persoanele suspectate sau împotriva cărora s-a formulat o acuzare sunt informate cu privire la fapta de care sunt suspectate sau acuzate, momentul la care informarea trebuie făcută, dar și exigențe privind nivelul informării.

Dreptul la informare cu privire la acuzare, potrivit art. 6 alin. (2) din Directiva 2012/13/UE îmbracă anumite caracteristici în cazul persoanelor reținute sau arestate, dispoziția europeană stabilind obligația statelor membre de a se asigura că persoanele suspectate sau împotriva cărora s-a formulat o acuzare, care sunt reținute sau arestate, să fie încunoștințate cu privire la temeiurile luării măsurilor preventive și totodată referitor la fapta de care sunt suspectate sau acuzate⁴.

O măsură de siguranță privind informarea și cunoașterea efectivă de către persoanele reținute sau arestate o constituie obligativitatea înmânării unei note în care să fie enunțate

³ N. Neagu, *The European Public Prosecutor's Office – Necessary Instrument or Political Compromise?*, Law Review, vol. III, no. 2/2013, pp. 52-53.

⁴ M. Fletcher, R. Loof, B. Gilmore, *EU Criminal Law and Justice*, Edward Elgar Publishing Limited, 2008, p. 13.

toate drepturile pe care aceste persoane le au în cursul procedurii, notă pe care au dreptul să o păstreze pe toată durata măsurii preventive și care trebuie să cuprindă și informații cu privire la dreptul de a informa autoritățile consulare și o persoană, dreptul de acces la asistență medicală de urgență, dreptul de acces la materialele cauzei, numărul maxim de ore sau de zile pentru care persoana acuzată sau suspectată poate fi privată de libertate până să se ajungă în fața unei autorități judiciare. Situația deosebită în care se află persoanele reținute sau arestate a impus, din perspectiva dreptului uniunii, exigențe sporite în ceea ce privește conținutul dreptului de informare, acesta înglobând și informații cu privire la dreptul de a contesta luarea măsurilor preventive și la dreptul de cere liberarea provizorie, în formele prevăzute de legislația procesual penală internă⁵.

Din întreaga reglementare a dreptului la informare cuprinsă în art. 6 rezultă obligația pentru statele membre să ia măsuri ca acest drept să fie recunoscut și respectat în toate fazele procedurii penale și totodată se stabilește că nivelul de informare este mai ridicat pe măsură ce procedura înaintază. Astfel, prin art. 6 alin. (3) se stabilește obligația statelor membre că în momentul sesizării instanței de fond aceasta să ofere informații nu numai cu privire la fapta ce constituie temeiul acuzării, dar și cu privire la textul incriminator și forma de participare a celui acuzat. Art. 5 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului intitulat „Dreptul la libertate și la siguranță” și art. 6 din aceeași Convenție reglementează dreptul la informare, primul articol referindu-se la dreptul de informare al unei persoane cu privire la care s-a luat măsura arestării impunând ca o astfel de persoană să fie informată cu privire la motivele care au determinat luarea acestei măsuri și la acuzația care s-a formulat împotriva sa, în cel mai scurt timp și în limba pe care o înțelege.

Un principiu de bază pentru incriminare în teoria juridică anglo-americană este principiul „prejudiciu”. Potrivit lui Mill, „[...] singurul scop pentru care puterea poate fi exercitată de drept asupra oricărui membru al unei comunități civilizate, împotriva voinței sale, este de a preveni răul altora”⁶. Garantarea dreptului la un proces echitabil este indisolubil legată conform art. 6 de respectarea dreptului de a fi informat în legătura cu natura și cauza acuzației care se aduce unei persoane, în cel mai scurt termen, în mod amănunțit și într-o limbă pe care o înțelege. În legislația națională procesual penală anterioară, dreptul la informare era consacrat prin art. 6 alin. (3) C. pr. pen., într-o formă indirectă, acest articol stabilind doar obligația organelor judiciare de a-l încunoștința pe învinuit sau pe inculpat despre fapta pentru care este cercetat și încadrarea juridică a acesteia și prin alin. (5) care stabilea obligația organelor judiciare de a-l informa pe învinuit sau inculpat înainte de a i se lua prima declarație, că are dreptul să fie asistat de un apărător.

Dispoziția legală menționată nu asigură informarea învinuitului sau inculpatului și a celorlalți participanți procesuali cu privire la toate drepturile procesuale recunoscute de legislația națională și europeană. În capitolele din Codul de procedură penală anterior, consacrate reglementării fazei urmăririi penale, nu au fost prevăzute dispoziții procedurale exprese privind dreptul la informare al învinuitului sau inculpatului atât în ceea ce privește învinuirea, cât și celelalte drepturi procesuale iar în capitolele privind

⁵ N. Neagu, *Foundations of European Criminal Law*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2015, pp. 194-195.

⁶ J.S. Mill, *On Liberty and Other Essays*, Oxford University Press 1991, p. 14.

faza cercetării judecătorești, acest drept este consacrat implicit prin art. 322 C. pr. pen., text care are denumirea marginală „începerea cercetării judecătorești” și potrivit cu care „președintele dispune ca grefierul să dea citire sau să facă o prezentare succintă a actului de sesizare a instanței, după care explică inculpatului în ce constă învinuirea ce i se aduce. Totodată, înștiințează pe inculpat cu privire la dreptul de a nu face nicio declarație, atrăgându-i atenția că ceea ce declară poate fi folosit și împotriva sa, precum și cu privire la dreptul de a pune întrebări coinalpaților, celorlalte părți, martorilor, experților și de a da explicații în tot cursul cercetării judecătorești, când socotește că este necesar.

În procedura luării măsurilor preventive privative de libertate, Codul de procedură penală anterior nu reglementa expres dreptul la informare al persoanei reținute sau arestate.

Accesul la justiție este considerat un drept constituțional în legislația Uniunii Europene. Astfel, principiul statului de drept care necesită un control jurisdicțional al unui act interferează cu un drept al unui individ, în caz de încălcare nejustificată, acest drept este garantat de Cartă. Acest principiu este impus de noțiunea de respectare a drepturilor efective ale persoanelor și constituie un aspect esențial al responsabilității democratice⁷.

Punerea de acord a legislației naționale cu legislația europeană, respectiv cu Directiva 2012/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 mai 2012 a determinat modificări legislative masive cu privire la modul de reglementare a dreptului la informare cu privire la drepturile în cadrul procedurilor penale. Astfel, prin art. 10 alin. (3) se consacră chiar dreptul suspectului „de a fi informat de îndată și înainte de a fi ascultat despre fapta pentru care se efectuează urmărirea penală și încadrarea juridică a acesteia”. Inculpatul are dreptul de a fi informat de îndată despre fapta pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală împotriva lui și încadrarea juridică a acesteia, iar alin. (4) reglementează, dispune că „înainte de a fi ascultați, suspectului și inculpatului trebuie să li se pună în vedere că au dreptul de a nu face nicio declarație” prin aceasta recunoscându-se expres atât dreptul de a nu da declarații în cursul procedurii penale, drept cu privire la care, suspectul sau inculpatul trebuie informat.

În general vorbind, instrumentele juridice ale Uniunii Europene care incriminează comportamentul se referă la „comportamentul intenționat”, sau acte care au fost comise „în mod intenționat”⁸.

Noua legislație procesual penală reglementează, pentru prima dată, într-un singur articol, respectiv art. 83 C. pr. pen., drepturile inculpatului în procesul penal și totodată dreptul acestuia de a fi informat cu privire la aceste drepturi, existând dispoziții exprese cu privire la dreptul de informare atât pe parcursul urmăririi penale, prin dispozițiile art. 307 C. pr. pen., care fac trimitere la art. 83 C. pr. pen., art. 108 alin. (3) C. pr. pen., intitulat „Comunicarea drepturilor și obligațiilor”, cât și în cursul procedurii la instanța de fond, prin dispozițiile art. 374 alin. (1) și (2) C. pr. pen., dar și în situațiile particulare referitoare la luarea măsurilor preventive privative de libertate, reținerea prin art. 209

⁷ L. Cariolou, *Commentary of Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, 2006, p. 359.

⁸ A. Klip, *European Criminal Law, an Integrative Approach*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, pp. 188-189.

alin. (2), (6) și (7) C. pr. pen. și respectiv arestarea prin art. 225 alin. (7) și (8) C. pr. pen. și în integralitate art. 228 C. pr. pen. denumit „încunoștințarea despre arestarea preventivă și locul de deținere a inculpatului arestat preventiv”, articol ce reprezintă o noutate legislativă.

Dreptul de a fi informat este recunoscut și persoanelor cu privire la care s-a luat măsura arestării preventive în procedura executării unui mandat european și aceasta prin art. 4 din Directiva 2012/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 mai 2012 care stabilește obligația statelor membre de a înmâna persoanelor aflate într-o asemenea procedură o notă cuprinzând o enunțare a drepturilor procesuale care le sunt recunoscute în conformitate cu legislația de punere în aplicare a Deciziei-cadru 2002/584/JAI.

Transpunerea legislației europene s-a realizat prin reglementarea în art. 100 alin. (2) din Legea nr. 304/2002 a dreptului persoanei cu privire la care se pune în discuție luarea măsurii reținerii sau arestării, de a i se aduce „de îndată, la cunoștință în limba pe care o înțelege, motivele reținerii și conținutul mandatului european de arestare. Atunci când sunt incidente dispozițiile art. 98 alin. (2) lit. i) pct. (iv) și a fost transmisă de autoritatea emitentă, procurorul dispune comunicarea hotărârii de condamnare persoanei solicitate. Persoana solicitată va fi informată cu privire la efectele pe care le are, potrivit legii statului emitent, transmiterea hotărârii de condamnare.”

O atenție deosebită s-a acordat, în legislația europeană, prin art. 7 din Directiva 2012/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 mai 2012 dreptului de acces la materialele cauzei ca o componentă esențială a dreptului la apărare și la un proces echitabil impunându-se obligația statelor membre de a lua măsurile necesare pentru a asigura accesul persoanei acuzate la toate actele dosarului care sunt esențiale în contestarea măsurilor preventive privative de libertate și la toate mijloacele de probă necesare în construirea apărării, o asemenea reglementare expresă lipsind din legislația procesual penală anterioară.

Art. 250 C. pr. pen. anterior reglementa obligația organului de urmărire penală ca după punerea în mișcare a acțiunii penale și numai dacă au fost efectuate toate actele de urmărire penală, să procedeze la prezentarea materialului de urmărire penală, fiind evident că această dispoziție legală nu corespundea exigențelor legislației europene, persoana acuzată fiind împiedicată să-și exercite dreptul de a lua cunoștință de actele de urmărire penală, de probe în acuzare încă din momentul incipient al anchetei penale fiind astfel un dezechilibru din perspectiva egalității armelor.

Abuzurile determinate de legislația națională din acest punct de vedere se reflectau cel puțin la momentul luării măsurilor preventive, persoana acuzată aflându-se o perioadă lungă în imposibilitate de a prezenta probe în apărarea sa. Relevant din perspectiva directivei europene, în asigurarea exigențelor dreptului la un proces echitabil, este asigurarea timpului necesar pentru a se lua cunoștință de materialul cauzei stabilindu-se un moment limită „prezentarea fondului acuzării în instanță”⁹. Important este faptul că articolul menționat stabilește cazurile și motivele care ar putea determina o restricționare

⁹ N. Neagu, *Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene și influența acesteia asupra dreptului penal național*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, pp. 182-195.

a acestui drept și totodată faptul că o asemenea măsură este luată și este supusă controlului unui organ judiciar, reglementare care, de asemenea, nu a avut corespondent în legislația națională.

Transpunerea directivei europene în legislația națională s-a realizat prin reglementarea în art. 83 alin. (1) lit. b) a dreptului de a consulta dosarul, în condițiile legii și totodată prin posibilitatea contestării măsurilor de restrângere a acestui drept conform art. 336 C. pr. pen.

3. Modificări recente în materia dreptului penal substanțial, cât și a celui procesual penal

Relativ recent, în anul 2016 au operat modificări legislative atât în materia dreptului substanțial, cât și a celui procesual penal, modificări care au vizat transpunerea în legislația națională a următoarelor directive:

3.1. Directiva 2011/93/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind combaterea abuzului sexual asupra copiilor, a exploatării sexuale a copiilor și a pornografiei infantile și de înlocuire a Deciziei Cadru 2004/68/JAI a Consiliului

În acest sens s-a operat introducerea unor variante agravate ale infracțiunilor împotriva libertății și integrității sexuale sau a celor de pornografie infantilă, precum și a unor noi modalități de comitere a unora dintre aceste infracțiuni.

3.2. Directiva 2008/99/CE privind protecția mediului prin intermediul dreptului penal și Directiva 2009/123/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 octombrie 2009 de modificare a Directivei 2005/35/CE privind poluarea cauzată de nave și introducerea unor sancțiuni în caz de încălcare

Transpunerea s-a materializat în agravarea regimului sancționator al persoanei juridice pentru încălcarea normelor privind protecția mediului cuprinse în Codul penal, prin sporirea sumei corespunzătoare unei zile-amendă pentru persoana juridică în cazurile de poluare sancționate de actul normativ european¹⁰.

3.3. Directiva 2012/29/UE de stabilire a unor norme minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității și de înlocuire a Deciziei-cadru 2001/220/JAI a Consiliului

Legislația națională prin care s-a transpus această directivă este reprezentată de Legea nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane cu modificările ulterioare, Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, Noul Cod de procedură penală prin care s-a reglementat dreptul victimei de a fi informată la punerea în libertate în orice mod a făptuitorului, dreptul victimei de a depune o plângere în țara de reședință, în cazurile transfrontaliere, Legea nr. 211/2004 privind unele măsuri pentru asigurarea protecției victimelor infracțiunilor, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁰ M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 2016, pp. 32-40.

3.4. Directiva 2014/62/UE privind protecția prin măsuri de drept penal a monedei euro și a altor monede împotriva falsificării

Termenul de transpunere este 23 mai 2016, transpunerea realizându-se prin introducerea tentativei la emiterea frauduloasă de monedă.

Concluzii

Influența dreptului penal european este extrem de pozitivă în abordare. Nu există nicio influență dogmatică ca atare, având în vedere diversitatea tradițiilor statelor membre în domeniul dreptului penal. Nu este vorba despre o impunere a unei abordări de drept comun, Uniunea Europeană stabilește numai obiective comune care trebuie realizate în domeniul dreptului penal și lăsând fiecărei jurisdicții naționale posibilitatea de a adapta instrumentele juridice ale Uniunii Europene în legislația sa internă, conform tradițiilor sale.

DREPT COMPARAT CU PRIVIRE LA EUTANASIE

*Mihaela AGHENITEI**

*Niculae GAMENT***

Abstract:

The Killing request of the victim has several classifications worldwide, including involuntary and voluntary arrangements. If voluntary euthanasia is legal in some countries, US states or Canadian provinces, involuntary euthanasia is declared illegal in all civilized countries. In 2006, at the request of the victim's murder was the most active area of research of contemporary bioethics.

In some countries, there is a division in the public controversy on issues morally, ethical and legal aspects of euthanasia. Those who are against euthanasia could argue with "sanctity of life", while euthanasia rights advocates focus on relieving suffering, bodily integrity, self-determination and personal autonomy. Eutansierea jurisdictions where it is legal, include countries like the Netherlands, Belgium, Luxembourg, Switzerland, Estonia, Albania, Member Washington, Oregon and Montana in the United States, and from 2015, the Canadian province of Quebec.

Keywords: *euthanasia, right to life, Comparative Law*

La baza reglementării a infracțiunii de *ucidere la cererea victimei* a stat atât reglementarea rescrisă din dreptul nostru, în linia tradiției existente – art. 468 C. pen. din 1936 –, cât și prevederile majorității codurilor europene, respectiv par. 216 C. pen. german, par. 77 C. pen. austriac, art. 143 alin. (4) C. pen. spaniol, art. 134 C. pen. portughez, art. 114 C. pen. elvețian, par. 235 C. pen. norvegian fiind considerată ca o formă atenuată a omorului, urmare a noului regim al circumstanțelor atenuante consacrat în Partea generală a Noului Cod Penal în discuție.

În ceea ce privește *determinarea sau înlesnirea sinuciderii*, la baza reglementării au stat deosebiri între fapta consumată și tentativă, aceasta fiind apropiată ca descriere cu prevederile art. 580 C. pen. italian, art. 135 C. pen. portughez și par. 235 C. pen. norvegian.

De remarcat că ambele infracțiuni sunt studiate prin prisma necesarului, raportat la starea de boală în fază terminală, eutanasia fiind clasificată sub două aspecte: activă și pasivă, care rezolvă ambele infracțiuni prevăzute în Noul Cod Penal românesc, din punct de vedere teoretic prin prisma necesarului social.

Cu privire la reglementările țărilor europene care au acceptat eutanasia (uciderea la cererea victimei), în secolul XX, aceasta a avut un succes limitat. Politicile de eutanasiere

* Lector univ. dr., Universitatea „Dunărea de Jos” din Galați; cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: maghenitei@gmail.com

** Asist. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Româno-Americană”, București; cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Avocat, Baroul București; e-mail: nicu.gament@gmail.com.

au fost, inițial dezvoltate de o serie de ONG-uri, asociații medicale și de apărare. În 2014, eutanasia este legală numai în Olanda, Belgia și Luxemburg¹.

Pe plan mondial, eutanasia a fost incriminată în Mexic, Thailanda, Estonia, Statul Australian din Teritoriul de Nord și statul american California².

Există diferite legi cu privire la eutanasiere în fiecare țară. Comisia pentru etică medicală – Camera Lorzilor – definește eutanasia ca pe „o intervenție deliberată efectuată cu intenția expresă de a pune capăt unei vieți, pentru a alina suferința greu de rezolvat”³. În Țările de Jos, eutanasia este înțeleasă ca „încetare a vieții prin intervenția unui medic la cererea unui pacient”⁴.

Uciderea la cererea victimei are mai multe clasificări la nivel mondial, care includ și modalitățile voluntar și involuntar. Dacă eutanasia voluntară este legală în unele țări, state din SUA ori provincii canadiene, eutanasia involuntară este declarată ilegală în toate țările civilizate⁵. În anul 2006, uciderea la cererea victimei a fost zona cea mai activă de cercetare a bioeticii contemporane⁶.

În unele țări, există o controversă publică privind dezbinarea în planul problemelor morale, etice și juridice ale eutanasiei. Cei care sunt împotriva eutanasiei ar putea argumenta cu „sfințenia vieții”, în timp ce susținătorii drepturilor de eutanasiere pun accent pe alinarea suferințelor, integritatea corporală, autodeterminare și autonomie personală⁷. Jurisdicțiile unde eutansierea este legală includ state ca Olanda, Belgia, Luxemburg, Elveția, Estonia, Albania, statele Washington, Oregon și Montana⁸ din Statele Unite ale Americii, și începând din 2015, provincia canadiană Quebec⁹.

Enciclopedia West din Legea penală americană prevede că o eutanasia este o ucidere „din milă”¹⁰, fiind considerată însă tot ca o infracțiune, și termenul este folosit ca un sinonim al omorului săvârșit la solicitarea pacientului¹¹.

Sensul juridic al termenului de „Omucidere” include orice intervenție cu intenția expresă de a pune capăt unei vieți, chiar pentru a diminua suferința greu de rezolvat¹².

¹ www.ziare.com/articole/eutanasi+olanda.

² <https://www.scribd.com/document/336459113/Managementul-Migratiei>

³ Harris, NM. (Oct 2001). "The euthanasia debate". J R Army Med Corps **147** (3): 367-70. doi:10.1136/jramc-147-03-22. PMID 11766225.

⁴ Euthanasia and assisted suicide BBC. Last reviewed June 2011. Accessed 25 July 2011, http://www.schreeuwomleven.nl/abortus/text_of_dutch_euthanasia_law.doc. See also: *Euthanasia in the Netherlands*.

⁵ Voluntary and involuntary euthanasia BBC Accessed 12 February 2012

⁶ Borry P, Schotsmans P, Dierickx K (April 2006). "Empirical research in bioethical journals. A quantitative analysis". *J Med Ethics* 32 (4): 240-5.

⁷ *Euthanasia and Law in the Netherlands* – Page 186, John Griffiths, Alex Bood, Heleen Weyers – 1998

⁸ *The Psychiatry of Palliative Medicine: The Dying Mind* – Page 209, Sandy Macleod

⁹ "Quebec end-of-life-care law means new era for health providers". *Cbc.ca*. Retrieved 8 June 2014.

¹⁰ The legal-dictionary.thefreedictionary.com says: "... If a person kills another person in order to end the other person's pain or suffering, the killing is considered a homicide. It does not matter if the other person is about to die or is terminally ill just prior to being killed; the law generally views such a killing as criminal. Thus, a "mercy killing", or act of Euthanasia, is generally considered a criminal homicide ..."

¹¹ Carmen Tomás Y Valiente, La regulación de la eutanasia en Holanda, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales – Núm. L, Enero 1997.

¹² Manoj Kumar Mohanty (August 2004). "Variants of homicide: a review". *Journal of Clinical Forensic Medicine* 11 (4): 214-18. doi:10.1016/j.jcfm.2004.04.006. PMID 15363757.

Însă nu toate omuciderile sunt considerate nelegale de către legea penală¹³. Există astfel omuciderea scuzabilă și cea justificată, care nu comportă pedeapsă. În majoritatea țărilor acestea nu se confundă cu eutanasia¹⁴. Termenul în sine, este limitat la varietatea sa activă, în sensul de conștientizare; Universitatea din Washington a publicat pe site-ul său o precizare cu privire la eutanasia: „*Eutanasia înseamnă că, în general, medicul ar reacționa în mod direct, de exemplu prin efectuarea unei injecții letale, pentru a pune capăt vieții pacientului*”¹⁵. Sinuciderea asistată medical nu este, prin urmare, clasificată ca eutanasia de statul american Oregon, unde este denumită și moarte cu demnitate, prin lege, și în ciuda denumirii sale, aceasta nu este clasificată ca și sinucidere¹⁶. Spre deosebire de sinuciderea asistată medical, oprirea medicației sau netratarea pentru susținerea vieții, cu acordul pacientului (voluntar), este considerată aproape în unanimitate, cel puțin în Statele Unite ale Americii, ca fiind legală¹⁷. Utilizarea de medicamente numai în scopul alinării durerilor¹⁸, chiar dacă aceasta grăbește moartea, a fost considerată legală în mai multe decizii judecătorești¹⁹.

Unele guverne au legalizat eutanasia voluntară, dar, în general, aceasta rămâne prevăzută ca un tip de omucidere în legea penală. În **Țările de Jos și în Belgia**, unde uciderea la cererea victimei a fost legalizată, aceasta rămâne crimă deși nu este urmărită penal și nu se pedepsește dacă făptuitorul (medic) îndeplinește anumite excepții legale²⁰.

Eutanasia este ilegală în **Australia**²¹. A fost considerată ca legală în Teritoriul de Nord o perioadă de doi ani, în baza Legii drepturilor bolnavilor terminali din 1995. În 1997, guvernul federal australian a cerut anularea legislației din Teritoriul de Nord. Spre deosebire de alte state, legea eutanasiei din Teritoriul de Nord nu este garantată prin Constituție australiană. Organizații neguvernamentale conduse de medici entuziaști, printre care și Dr. Philip Nitschke, au dus și duc o campanie susținută, începând cu septembrie 2010, dar care se lovește de interdicțiile guvernamentale.

Parlamentul belgian a legalizat eutanasia în data de 28 mai 2002²². Un studiu publicat în 2010 a relevat că cei care au murit prin eutanasia (comparativ cu alte decese), au de cele mai multe ori tineri, de sex masculin, pacienți cu cancer, decesul survenind la

<http://depts.washington.edu/bioethx/topics/pas.html>

http://www.leg.state.or.us/comm/commsrvs/background_briefs2004/Health%20Care/FG_Physician_Assisted_Suicide2004.pdf

¹⁵ "Legal Aspects of Withholding and Withdrawing Life Support from Critically Ill Patients in the United States and Providing Palliative Care to Them", *Am. J. Respir. Crit. Care Med.*, Volume 162, Number 6, December 2000.

¹⁶ Oluyemisi Bamgbose (2004). "Euthanasia: Another Face of Murder". *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 48 (1): 111-21. doi:10.1177/0306624X03256662. PMID 14969121.

¹⁷ Concluding observations of the Human Rights Committee: Netherlands. 27 August 2001

¹⁸ Carmen Tomás Y Valiente, *La regulación de la eutanasia en Holanda*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales – Núm. L, Enero 1997

¹⁹ R Cohen-Almagor (2009). "Belgian euthanasia law: a critical analysis". *J. Med. Ethics* 35 (7): 436-39. doi:10.1136/jme.2008.026799. PMID 19567694.

²⁰ Doctors Struggle With Tougher-Than-Ever Dilemmas: Other Ethical Issues Author: Leslie Kane. 11 November 2010; Dignity in Dying, Opinion on assisted dying.

²¹ <https://www.researchgate.net/...EUTANASIA.../579c8c5b08ae5d5e1e14b8e5.pdf>

²²

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=nl&pub_date=2002-06-22&numac=2002009590&caller=summary

domiciliu. În aproape toate cazurile au fost raportate suferințe fizice insuportabile. Eutanasia pentru pacienții neterminali a fost extrem de rară²³.

În decembrie 2013, Senatul belgian a votat în favoarea extinderii dreptului la eutanasia copiilor bolnavi în stadiul terminal. Condițiile impuse vizează ca pacienții copii să fie conștienți de decizia lor și să înțeleagă sensul de eutanasia, „*cererea trebuie să fi fost aprobată de către părinții copilului și de echipa medicală*”, boala să fie în stadiul terminal, iar copiii să se afle în foarte mare suferință²⁴, imposibil de atenuat prin medicație. Un psiholog trebuie, de asemenea, să stabilească posibilitatea copilului-pacient, de a lua decizia. Acest amendament subliniază că cererea pacientului este voluntară²⁵.

În timp ce, în conformitate cu prevederile art. 241 lit. (b) C. pen. canadian²⁶, era considerat nelegal „ajutorul și instigare la sinucidere”, recurentul fiind pasibil de o pedeapsă de paisprezece ani închisoare dacă era găsit vinovat, Curtea Supremă din Columbia Engleză a amendat secțiunea, argumentând că aceasta a impus sarcini mai mult decât discriminatorii cu privire la persoanele fizice cu handicap grav, pentru care nu au fost aplicate secțiunile 7 și 15 din Carta Drepturilor și Libertăților, intrată în vigoare la data de 15 iunie 2012²⁷. Astfel, eutanasia în dreptul penal canadian și sinuciderea asistată sunt recunoscute în aplicarea acestei decizii²⁸, Parlamentul Federal Canadian modificând prevederile Codului penal în consecință, în iunie 2013, cu toate că Asociația Medicală Canadiană și-a declarat neutralitatea pe această temă.

În Decizia 6-3, Curtea Constituțională a **Columbiei** a decis în data de 20 mai 2010 că „*nicio persoană nu poate fi considerată responsabilă din punct de vedere penal, pentru că a luat viața unui pacient bolnav în faza terminală care i-a dat acordul personal de a face acest lucru*”, potrivit Washington Post²⁹. Instanța a definit ca fiind „persoană în faza terminală”, persoana suferindă de boli precum „*cancer, SIDA, insuficiență renală sau hepatică, dacă aceste boli sunt în faza terminală și cauzează suferințe extreme*”. Prin aceeași Hotărâre s-a refuzat în mod expres autorizarea eutanasiei pentru persoanele cu boli degenerative cum ar fi Alzheimer, Parkinson sau boala Lou Gehrig.

În iulie 2013, președintele Francois Hollande³⁰ și-a declarat sprijinul personal pentru dezincriminarea eutanasiei voluntare în **Franța**, aceasta fiind una dintre promisiunile sale electorale din campania prezidențială. („introducerea dreptului de a muri cu demnitate”) și în ciuda obiecțiilor Comitetului Național Consultativ de Etică din Franța, care a

²³ Adams M, Nys H (2003). "Comparative reflections on the Belgian Euthanasia Act 2002". Med Law Rev 11 (3): 353-76. doi:10.1093/medlaw/11.3.353. PMID 16733879; Smets T, Bilsen J, Cohen J, Rurup ML, Deliens L (February 2010). "Legal euthanasia in Belgium: characteristics of all reported euthanasia cases". Med Care 48 (2): 187-92. doi:10.1097/MLR.0b013e3181bd4dde. PMID 19890220.

²⁴ "Belgian Senate votes to extend euthanasia to children". BBC News. 13 December 2013.

²⁵ Higgins, Andrew (12 December 2013). "Belgian Senate Votes to Allow Euthanasia for Terminally Ill Children". The New York Times.

²⁶ laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/

²⁷ www.stiucum.com > DREPT > drept civil

²⁸ Daryl Greer: "British Columbia Supreme Court Kills Assisted Suicide Ban". It was made legal in Quebec as of June 2014. Courthouse News: 18 iunie 2012: https://infogalactic.com/info/Legality_of_euthanasia

²⁹ <https://www.washingtonpost.com/.../6882d1e6-9629-11e6-b...>

³⁰ www.ziare.com > Personalitati > Francois Hollande > presedinte Franta

susținut că s-au făcut „abuzuri” în jurisdicții adiacente care au condus la dezincriminarea și reglementarea eutanasiei voluntare sau a sinuciderii asistate medical (Belgia, Olanda, Elveția și Luxemburg). Nu se știe însă dacă succesul prezidențial în domeniu va rezista în timp, dat fiind faptul că Biserica Catolică din Franța și alte organizații conservatoare sociale și religioase au anunțat că după solicitarea interzicerii căsătoriei între persoane de același sex în Franța, următorul obiectiv îl constituie dezincriminarea eutanasiei voluntare³¹.

Eutanasia voluntară este legală în **India**³². La data de 7 martie 2011, Curtea Supremă din India a legalizat eutanasia pasivă, prin suprimarea vieții la pacienții în stare vegetativă permanentă³³, dar formele eutanasiei active, inclusiv administrarea de compuși letali, sunt ilegale³⁴.

În **Irlanda**, este ilegal ca un medic sau orice altă persoană de a contribui efectiv la moartea cuiva. Aceasta nu este împotriva legii, în aplicarea „dreptului de a muri” dacă există acceptul celui în cauză sau a unei rude apropiate. În septembrie 2010, într-un sondaj de opinie efectuat de publicația Irish Times, s-a evidențiat faptul că majoritatea persoanelor adulte (57%) au considerat că asistarea la sinucidere de către medic ar trebui să fie legală pentru bolnavii în faza terminală, care solicită acest lucru³⁵.

Dreptul penal **israelian** interzice provocarea morții unei alte persoane ori scurtarea vieții în mod voluntar. Eutanasia activă este interzisă atât prin lege, cât și prin religie, legea iudaică fiind împotriva acestei practici. Eutanasia pasivă este interzisă prin legea evreiască, dar a fost acceptată, în unele cazuri, în conformitate cu legislația israeliană³⁶. În 2005, au existat propuneri cu privire la permiterea eutanasiei pasive printr-un mecanism care să fie similar ceasurilor de Sabat³⁷. În 2006, Comisia Steinberg a fost înființată să examineze problemele de viață și de moarte, pentru a fi regândite în contextul legii iudaice, și care a sugerat ca spitalele să-și înființeze comisii care să stabilească necesitatea aplicării eutanasiei pasive³⁸.

Guvernul **japonez** nu a promovat legi oficiale cu privire la eutanasiie, iar Curtea Supremă din Japonia nu a dezbătut această teză. Până în prezent, au existat două cazuri ajunse pe rolul instanțelor, unul în Nagoya, în 1962 și altul, după un incident de la Universitatea Tokai, în 1995. Primul caz a implicat „eutanasia pasivă” (de exemplu, s-a permis moartea unui pacient prin dezactivarea suportului care-l menținea în viață

³¹ "France aims to allow euthanasia despite ethics doubts": TVNZ News: 2 iulie 2013: <http://www.tvnz.co.nz/world-news/france-aims-allow-euthanasia-despite-ethics-doubts-5484055>

³² "India joins select nations in legalising «passive euthanasia»". Chennai, India: The Hindu. 7 March 2011. Retrieved 8 March 2011.

³³ "Euthanasia: The Approach of the Courts in Israel and the Application of Jewish Law Principles". Jewish Virtual Library; Venkatesan, J. (7 March 2011). "Supreme Court disallows friend's plea for mercy killing of vegetative Aruna". Chennai, India: The Hindu. Retrieved 7 March 2011.

³⁴ Magnier, Mark (8 March 2011). "India's Supreme Court lays out euthanasia guidelines". LA Times. Retrieved 8 March 2011.

³⁵ The Irish Times (17 September 2010) – Majority believe assisted suicide should be legal

³⁶ "Euthanasia: The Approach of the Courts in Israel and the Application of Jewish Law Principles". Jewish Virtual Library.

³⁷ Butcher, Tim (8 December 2005). "Israelis to be allowed euthanasia by machine". Daily Telegraph (London). Retrieved 6 January 2012.

³⁸ Brody, Shlomo (19 November 2009). "Ask the Rabbi: 'Passive euthanasia'". Jerusalem Post. Retrieved 6 January 2012.

vegetativă), și cel din urmă caz a implicat „eutanasia activă” (de exemplu, prin injectare)³⁹. Hotărârile în aceste cazuri, au creat un precedent, un cadru legal, putem spune, implicând un set de condiții în care eutanasia atât cea pasivă, cât și cea activă ar putea fi legale. Cu toate acestea, în ambele cazuri s-au aplicat pedepse pentru cei vinovați de suprimarea vieții. Mai mult, aceste precedente judiciare nu sunt obligatorii la nivel național, fiind pur orientative. La acest moment, în Japonia se lucrează la un proiect legislativ care să reglementeze și acest domeniu⁴⁰.

În cazul eutanasierii pasive, sunt impuse trei condiții: pacientul să sufere de o boală incurabilă, să fie în stadiile finale ale bolii, nefiind posibilă recuperarea, și pacientul să-și dea acordul expres la oprirea tratamentului, iar acest consimțământ trebuie să fie obținut și conservat înainte de moarte. În cazul în care pacientul nu-și poate exprima voința, aceasta cade în sarcina familiei acestuia. Se specifică și care sunt tratamentele ce pot fi întrerupte: tratamentul medical, chimioterapia, dializa, respirația artificială, transfuziile de sânge, perfuzie etc.

Pentru eutanasia activă, trebuie să fie îndeplinite trei condiții: pacientul trebuie să aibă dureri fizice insuportabile iar medicul să nu le poată ameliora prin medicație, moartea să fie inevitabilă și în termen scurt, să existe acordul persoanei. (spre deosebire de eutanasia pasivă, testamentele, acordul familiei nu sunt suficiente).

Apărând probleme în practica curentă, s-au creat echipele de bioetică SWAT⁴¹. Aceste echipe sunt puse la dispoziția familiilor pacienților care îndeplinesc condițiile expuse, pentru a le ajuta în decizie pe baza datelor personale ale cauzei. Sunt organizații non-profit, de asemenea, care au început să se ocupe de rezolvarea unor astfel de probleme⁴².

Parlamentul **luxemburghez** a adoptat un proiect de lege prin care legalizează eutanasia la 20 februarie 2008⁴³. Proiectul a fost adoptat în 19 martie 2009, făcând Luxemburgul a treia țară din Europa, după Olanda și Belgia, care au dezincriminat-o. În faza terminală, bolnavii își pot încheia viața după ce primesc aprobarea a doi medici și a unui grup de experți⁴⁴.

În **Mexic**, eutanasia activă este ilegală, dar din 7 ianuarie 2008, legea permite rudelor bolnavilor incurabili, dacă aceștia sunt inconștienți, să refuze tratamentul sau mai mult tratament medical pentru a extinde durata de viață (eutanasiu pasivă) în Mexico City⁴⁵; situația s-a extins și în statul central al Mexicului, Aguascalientes, începând cu 6 aprilie 2009⁴⁶, iar începând cu 10 septembrie 2009 eutanasiu pasivă a fost adoptată și în partea de vest a Mexicului, în regiunea Michoacan⁴⁷. O lege similară a extins la nivelul

³⁹ www.avocatnet.ro/content/forum%7CdisplayTopicPage/.../pageID_2

⁴⁰ 安楽死. 現代用語の基礎知識. 自由国民社. 2007. pp. 951, 953.

⁴¹ McDougall & Gorman 2008, p. 89.

⁴² McDougall & Gorman 2008, p. 90.

⁴³ www.ziare.com/articole/luxemburg+eutanasia

⁴⁴ Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide

⁴⁵ "Publica GDF Ley de Voluntad Anticipada". El Universal (in Spanish) (Mexico City). Notimex. 2008-01-07. Retrieved 2009-09-25.

⁴⁶ Rodríguez, Susana; Salazar, Aníbal (2009-04-08). "Sólo falta reglamentar la voluntad anticipada para aplicarla: Ruvalcaba". La Jornada Aguascalientes (in Spanish). Retrieved 2009-09-26.

⁴⁷ "Michoacán aprueba Ley de Voluntad Anticipada". El Economista (in Spanish) (Morelia, Mexico). Notimex. 2009-09-01. Retrieved 2009-09-25.

întregii țări prin aprobarea acesteia în Senat⁴⁸, iar inițiativa de dezincriminare a eutanasiei active a intrat în aceeași cameră legislativă în 13 aprilie 2007⁴⁹.

În **Țările de Jos**, în „cazul Postma”, în 1973, un medic a fost condamnat pentru că a facilitat moartea mamei sale, în urma cererilor explicite repetate de eutanasi⁵⁰. Din motivarea hotărârii Curții au rezultat criteriile: alinarea suferințelor, integritatea corporală, autodeterminare și autonomie personală, ce trebuie respectate atunci când este absolut necesar ca un medic să mențină în viață un pacient împotriva voinței sale.

În 2002, **Olanda** a adoptat o lege prin care a legalizat eutanasia, inclusiv sinuciderea asistată medical⁵¹. Această lege ratifică, de altfel convenția în vigoare de 20 de ani, de a nu urmări penal medicii care au comis infracțiunea de ucidere la cererea victimei în cazuri deosebit de speciale și în condiții foarte specifice. Ministerul Sănătății Publice, Bunăstare și Sport din guvernul olandez a susținut această practică ce „permite unei persoane de a pune capăt vieții lor în demnitate, după ce a primit fiecare tip disponibil de îngrijire paliativă”⁵². Organizația Națiunilor Unite a revizuit și comentat inițiativa legislativă a Olandei în domeniu⁵³.

Sinuciderea asistată și eutanasia voluntară rămân nelegale în **Noua Zeelandă**, în conformitate cu secțiunea 179 din Codul penal al Noii Zeelande din 1961, care prevede infracțiunea „ajutor și instigare la sinucidere” criteriile. Au existat totuși două tentative de dezincriminare în 1995 și 2003 sub denumirea de Legea Bill care prevedea „moartea cu demnitate”, dar au lipsit trei voturi la adoptare în Parlamentul Noii Zeelande. În luna mai 2012, Partidul Muncii din Noua Zeelandă a introdus proiectul de lege în urna de vot a unui membru privat din Parlament, ceea ce a condus la amânarea dezbaterii proiectului de lege *sine die*, având în vedere că selecția de proiecte de lege din urna membrilor privați este un proces aleator⁵⁴.

În **Norvegia** eutanasia rămâne ilegală, deși un însoțitor poate primi o pedeapsă redusă dacă ia viața cuiva care consimte, din compasiune, știind că este „iremediabil bolnav”⁵⁵.

Eutanasia este ilegală în **Filipine**. În 1997, Senatul filipinez a încercat să treacă un proiect de lege care prevedea eutanasia pasivă ca fiind legală. Proiectul de lege a cunoscut o puternică opoziție din partea Bisericii Catolice a țării. Dacă acest proiect ar fi fost adoptat Filipine ar fi fost prima țară care ar fi dezincriminat eutanasia pasivă.

⁴⁸ "Senado México aprueba a enfermos terminales rehusar tratamientos". EcoDiario (in Spanish) (Mexico). Reuters. 2008-11-26. Retrieved 2009-09-25.

⁴⁹ "Mexico moves to legalise euthanasia". Mexico City. Reuters. 2007-04-13. Retrieved 2009-09-25.

⁵⁰ Rietjens JA, van der Maas PJ, Onwuteaka-Philipsen BD, van Delden JJ, van der Heide A (September 2009). "Two Decades of Research on Euthanasia from the Netherlands. What Have We Learnt and What Questions Remain?". J Bioeth Inq 6 (3): 271-283. doi:10.1007/s11673-009-9172-3. PMC 2733179. PMID 19718271.

⁵¹ Janssen, André (2002). "The New Regulation of Voluntary Euthanasia and Medically Assisted Suicide in the Netherlands". Int J Law Policy Family 16 (2): 260-269. doi:10.1093/lawfam/16.2.260. PMID 16848072.

⁵² Discussion of euthanasia on the site of the Dutch ministry of Health, Welfare and Sport

⁵³ Observations of the UN human rights committee

⁵⁴ Verhagen E, Sauer PJ (March 2005). "The Groningen protocol – euthanasia in severely ill newborns". N. Engl. J. Med. 352 (10): 959-62. doi:10.1056/NEJMp058026. PMID 15758003.

⁵⁵ "Straffeloven". Criminal Law. 1902-05-22. Retrieved 2010-08-15.

Conform legilor rămase în vigoare, medicii care asistă un pacient ca să moară, poate fi închis și acuzat de malpraxis⁵⁶.

În **Elveția**, prescrierea de medicamente pentru moarte, pentru o persoană cetățean elvețian sau străin, în cazul în care beneficiarul are rol activ în administrarea acestor droguri, este admisă⁵⁷. În general, art. 115 C. pen. elvețian, care a intrat în vigoare în 1942 (scris din 1918), consideră asistarea la sinucidere o crimă, dacă și numai dacă motivul este egoist.

Eutanasia este interzisă în **Turcia**⁵⁸. Consilierul care a ajutat o persoană la sinucidere sau la alte metode de a-și suprima viața, va fi pedepsit pentru asistarea și încurajarea sinuciderii sub prevederile art. 84 C. pen. turc. În stare de eutanasiu activă, art. 81 din aceeași lege prevede că orice persoană care efectuează acest act va fi judecat și pedepsit pentru infracțiunea ce implică detenția pe viață, la fel ca o crimă simplă.

În **Regatul Unit**, eutanasia este ilegală. Orice persoană este dovedită că a participat la asistarea la sinucidere, încalcă legea și poate fi condamnat pentru asistarea la sinucidere sau pentru încercarea de a face acest lucru (tentativă)⁵⁹. Cu toate acestea, Directorul procuraturii Publice, are posibilitatea de a demara sau nu începerea urmăririi penale într-o cauză⁶⁰. Între 2003 și 2006, Domnul Joffe a făcut patru încercări de a introduce legi prin care să fie considerată legală eutanasia voluntară, dar toate au fost respinse de către Parlamentul Regatului Unit. În prezent⁶¹, Dr. Nigel Cox este singurul medic britanic ce a fost condamnat pentru tentativă de eutanasiu.. El a primit o pedeapsă de 12 luni cu suspendare, în 1992⁶².

În ceea ce privește principiul dublului efect, în 1957, Judecătorul Devlin, în procesul intentat Dr. John Bodkin Adams, a decis că deși acesta a prescris medicamente și le-a administrat unui pacient incurabil, în ideea de a-i atenua durerea, faptul că această administrare a condus la decesul pacientului, nu a fost considerată crimă, chiar dacă moartea a fost un potențial posibil sau chiar probabil⁶³.

Eutanasia activă în **Statele Unite ale Americii** este considerată ilegală⁶⁴ –, dar au fost anterior exemple din statul Columbia Pacienții păstrează dreptul de a refuza medicația ori de a primi managementul adecvat al durerii, la cererea acestora (eutanasiu pasivă), chiar dacă alegerile pacienților ar grăbi moartea acestora. În plus, tratamentele inutile sau disproporționat de împovărătoare, cu ar fi instalațiile de menținerea vieții, poate fi retrasă în anumite circumstanțe, și, în conformitate cu legislația federală și cu cele mai noi legi din stat, numai cu consimțământul informat al pacientului sau, în caz de incompetență ori lipsă de discernământ, cu încunoștiințarea tutorelui, curatorului ori a rudelor apropiate. Curtea Supremă a Statelor Unite nu s-a confruntat cu probleme de

⁵⁶ <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2126848/pdf/9193287.pdf>

⁵⁷ Lundin, Leigh (2009-08-02). "YOUthanasia". Criminal Brief. Retrieved 2009-08-27.

⁵⁸ https://en.wikipedia.org/wiki/Legality_of_euthanasia

⁵⁹ Suicide Act 1961 s.2; Smartt, Ursula (2009). "Euthanasia and the Law". Criminal Law & Justice Weekly 173 (7): 100.

⁶⁰ http://www.cps.gov.uk/publications/prosecution/assisted_suicide_policy.html

⁶¹ "Assisted Dying Bill – latest". BBC News Online.

⁶² Nigel Cox conviction

⁶³ O'Reilly, Kevin B. (January 18, 2010). "Physician-assisted suicide legal in Montana, court rules". American Medical News.

⁶⁴ www.did.deliberating.org/languages/documents/Lessons_ROM_Euthanasia.pdf

„calitate a vieții” ori de „inutilitate”, neluând în considerare tipul activ ori pasiv al eutanasiei (nu există o definiție legală), atunci când au existat dovezi clare și convingătoare că a existat acordul pacientului în cunoștință de cauză sau a celui în care este lăsat în grijă din punct de vedere legal, atunci când pacientul nu a putu discerne.

În timp ce eutanasia activă este ilegală în SUA, sinuciderea asistată este legală în cinci state: Oregon, Vermont, Washington, New Mexico și Montana^{65, 66}.

Codul Penal din 1932, din **Uruguay**, la art. 37 al capitolului Omucideri se prevede acceptarea compasiunii, fiind primul document care atestă eutanasia⁶⁷. Este important de precizat că acest act normativ nu a folosit denumirea în sine. În art. 127 din același cod, se precizează că judecătorul ar putea renunța la a aplica o pedeapsă, în cazul în care se dovedește că acțiunea a fost făcută gaj de pacient medicului iar acesta din urmă are o reputație onorabilă⁶⁸. Sursa principală a acestui Cod penal a fost Jimenez de Asua, un mare penalist spaniol, care a introdus conceptul în cartea sa: „*Liberdad de Amar y Derecho o morir: ensayos de ONU criminalista sobre eugenesia, eutanasia, endocrinologia*”, publicată în Madrid, Spania, în 1928; prima propunere de a înțelege eutanasia ca omucidere a fost făcută de către Ruy Santos în teza MD, „da Resistencia dos Estados moribundos a Therapeutica e da incurabilidade perante o eutanasia”, la Faculdade de Medicina de Bahia, Brazilia, tot în 1928⁶⁹, făcând diferența între eutanasia ca omucidere și eutanasia ca sinucidere, fiind probabil primul care a discutat despre sinuciderea asistată⁷⁰.

În **Canada**, sinuciderea asistată de medic este considerată nelegală⁷¹. Codul penal al Canadei prevede în art. 241 lit. (b) că oricine ajută o persoană să se sinucidă, chiar dacă aceasta nu se înfăptuiește, este pasibil de condamnare la o pedeapsă de cel mult paisprezece ani. Motivul din spatele nelegalității se datorează prevenirii săvârșirii „asistării la sinucidere”, a celor care nu sunt mental capabili să ia decizii cu privire la sine, și din cauza „valorii pe care o acordă societatea vieții umane”, care „în ochii factorilor de drept, ar putea cu ușurință să fie erodate dacă asistența la sinucidere ar fi fost dezincriminată”⁷².

În 1993, Curtea Supremă a Canadei a avut un caz – *Rodriguez c. British Columbia (Attorney General)*, în care Sue Rodriguez, o femeie în faza terminală a bolii de care suferea, a contestat interdicția la sinucidere asistată, în dicordanță cu prevederile Cartei Canadiene a drepturilor și libertăților. Printr-o hotărâre pronunțată cu 4 la 5 voturi, Curtea a confirmat această dispoziție, care a fost astfel inclusă în Codul penal al Canadei.

⁶⁵ O'Reilly, Kevin B. (January 18, 2010). "Physician-assisted suicide legal in Montana, court rules". American Medical News.

⁶⁶ Eckholm, Erik (7 February 2014). "«Aid in Dying» Movement Takes Hold in Some States". The New York Times.

⁶⁷ https://www.jstor.org/stable/2213664?seq=1#page_scan_tab_contents

⁶⁸ Reta A, Grezzi O., *Código penal de la República Oriental del Uruguay*. 4th ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria; 1996.

⁶⁹ Asúa LJ de. *Liberdad de amar y derecho a morir: ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia, endocrinologia*. Madrid: Historia Nueva; 1928.

⁷⁰ Santos R. *Da euthanásia nos incuráveis dolorosos. These de doutoramento*. Salvador (Bahia): Faculdade de Medicina da Bahia; 1928.

⁷¹ McDougall & Gorman 2008, p. 84.

⁷² McDougall & Gorman 2008, p. 86.

În data de 15 iunie 2012, Curtea Supremă de Justiție British Columbia a amendat interzicerea sinuciderii asistate medical, în vederea dezincriminării pe cale legală, ulterior. Aplicarea prevederilor Curții a fost suspendată pe o perioadă de un an pentru ca Parlamentul Canadei să elaboreze prevederile legale⁷³. În 25 octombrie 2012, guvernul federal a depus un argument legal de 54 de pagini, arătând printre altele, că scopul legislației în vigoare este „*de a proteja pe cei vulnerabili, care ar putea fi determinați în momentele de slăbiciune să se sinucidă*”, ca „*este o reflectare a politicii statului că valoarea intrinsecă a vieții umane nu ar trebui să fie depreciată, permițând ca o persoană să ia viața unei alte persoane*” și că BC Curtea Supremă de Justiție nu avea dreptul să anuleze dispozițiile Curții Supreme de Guvernământ Canada, în cazul din 1993 – Rodriguez⁷⁴. În data de 10 decembrie 2012, Curte de Apel BC a anunțat că a programat o audiere pe această temă în martie 2013⁷⁵.

În iunie 2014, sinuciderea asistată de medic a devenit legală în provincia Quebec⁷⁶.

În **China**, un articol din Cotidianul Poporului a relatat că „*nouă persoane din orașul Xi'an din China au solicitat public*” scriind în comun și publicând în mass-media locală o cerere de eutanasiu, ori solicitând săvârșirea unei crime din milă⁷⁷. Aceste persoane au avut uremie, o boală care implică și insuficiența renală, exprimându-și astfel „suferința insuportabilă și refuzul cu privire la a mai fi poveri pentru familiile lor”⁷⁸. Drept urmare, nu s-a luat nicio măsură legislativă în acest sens, arătându-se de către oficialități că nu se poate decât a li se ușura suferința prin tratament.

Danemarca nu are legi care să permită sinuciderea asistată⁷⁹. Ea este considerată înafara legii și se pedepsește ca omor cu o pedeapsă de până la 3 ani.

Uciderea unei persoane în conformitate cu cerințele sale a fost întotdeauna ilegală din punct de vedere al Codului penal din **Germania**. În art. 216 C. pen. german, este pedepsită „uciderea din milă” sau „uciderea la cererea victimei”⁸⁰. Asistarea la sinucidere prin, de exemplu, furnizarea de otravă sau de armă, este considerată ca fiind legală, deoarece sinuciderea în sine este considerată legală, iar asistență și încurajarea urmează ideea de „accesoriu de complicitate”, ca fiind lipsite de relevanță⁸¹. Dacă persoana care se sinucide nu acționează din propria sa voință, atunci asistența de orice fel este

⁷³ Heneghan, Tom (1 July 2013). *"Francois Hollande Pledges To Legalize Voluntary Euthanasia In France"*. Huffington Post; <http://www.thelocal.fr/20130701/french-ethics-council-rejects-swiss-style-euthanasia>

⁷⁴ *"German Criminal Code"*. German Federal Ministry of Justice. Retrieved 9 July 2013.

⁷⁵ Wolfslast, Gabriele (2008). *"Physician-Assisted Suicide and the German Criminal Law"*. In Birnbacher, Dieter; Dahl, Edgar. *Giving Death a Helping Hand: Physician Assisted Suicide and Public Policy. An international Perspective*. Germany: Springer. p. 88.

⁷⁶ *"German Criminal Code"*. German Federal Ministry of Justice. Retrieved 9 July 2013.

⁷⁷ http://www.ejura-examensexpress.de/online-kurs/entsch_show_neu.php?Alp=1&dok_id=2885

⁷⁸ Wolfslast, Gabriele (2008). *"Physician-Assisted Suicide and the German Criminal Law"*. In Birnbacher, Dieter; Dahl, Edgar. *Giving Death a Helping Hand: Physician Assisted Suicide and Public Policy. An international Perspective*. Germany: Springer. p. 90.

⁷⁹ Wolfslast, Gabriele (2008). *"Physician-Assisted Suicide and the German Criminal Law"*. In Birnbacher, Dieter; Dahl, Edgar. *Giving Death a Helping Hand: Physician Assisted Suicide and Public Policy. An international Perspective*. Germany: Springer. p. 92.

⁸⁰ McDougall & Gorman 2008, p. 80

⁸¹ Schwarzenegger, Christian; Summers, Sarah J. (2005-02-03). *"Hearing with the Select Committee on the Assisted Dying for the Terminally Ill Bill"*. House of Lords Hearings (Zürich: University of Zürich Faculty of Law). (PDF).

considerată omor, ca fiind săvârșit prin intermediul unei alte persoane. (par. 25 secțiunea 1 C. pen. german⁸², de obicei numit „mittelbare Taterschaft”).

Dreptul penal german obligă toate persoanele să acorde ajutor atunci când este nevoie, în caz de urgență, în anumite limite – par. 323 C. pen. german – „omisiunea de a efectua o salvare ușoară”. În cazul discutat, dacă o persoană ajută o altă persoană să se sinucidă și aceasta nu reușește, cel care a asistat-o trebuie, în efectul legii să-i acorde ajutor, să o resusciteze, altfel e pasibil de pedeapsă.

În **Islanda**, sinuciderea asistată este nelegală, și antrenează răspunderea penală⁸³.

În loc de concluzie

La data de 5 iunie 2015, Marea Camera a Curții Europene a Drepturilor Omului a pronunțat hotărârea în cauza *Lambert și alții c. Franța* (n° 46043/14), referitoare la eutanasierea persoanelor handicapate aflate în imposibilitatea de a comunica. Cu 12 voturi pentru și 5 împotrivă, Curtea a decis că părinții și frații unei persoane handicapate aflate în imposibilitatea de a comunica nu au dreptul să-i apere, în numele acesteia, dreptul la viață și la integritate fizică în fața Curții. Cu același număr de voturi, Curtea a mai decis că art. 2 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (dreptul la viață) nu este încălcat în cazul executării deciziei medicului acesteia de a opri hidratarea și nutriția persoanei handicapate.

Astfel, deși eutanasia este ilegală în Franța și contrară drepturilor omului, CEDO a validat o practică de eutanasiu mascată.

⁸² "Inciting and assisting someone to commit suicide (*Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord*)". Swiss Criminal Code (in German) (Zürich: Süsses): Article 115. 1989-06-23.

⁸³ "He felt he needed to go, says widow of BBC Dignitas millionaire". Daily Mail (London). 11 June 2011.

IMPARȚIALITATEA JUDECĂTORULUI-CERINȚĂ A DREPTULUI LA UN PROCES ECHITABIL DIN PERSPECTIVĂ EUROPEANĂ. SOLUȚII JURISPRUDENȚIALE RECENTE

*Andrei-Viorel IUGAN**

Abstract:

The impartiality of the judge is one of the most important elements of the right to a fair trial. The existence of impartiality for the purposes of Article 6 para. 1 (art. 6-1) must be determined according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect. In this study we are going to analyze the recent jurisprudence of the romanian courts on the impartiality of the judge

Keywords: *impartiality, reasonable doubt, judge, right to a fair trial*

1. Considerații introductive

Într-o societate modernă, care respectă toate principiile democratice, respectarea dreptului la un proces echitabil trebuie să reprezinte una dintre principalele preocupări ale statului. Numai prin asigurarea dreptului la un proces echitabil puterea judecătorească poate fi cu adevărat independentă, și numai așa principiul separației puterilor în stat va reprezenta o realitate, și nu un simplu deziderat.

Nu vom insista asupra tuturor garanțiilor pe care le presupune dreptul la un proces echitabil (un astfel de demers neputând fi realizat în cuprinsul unui simplu studiu), ci vom analiza unul dintre elementele cele mai importante ale procesului echitabil, element în lipsa căruia celelalte garanții ar fi lipsite de eficiență: imparțialitatea judecătorului.

Importanța pe care imparțialitatea judecătorului o are în respectarea dreptului la un proces echitabil reiese în mod clar și dintr-o serie de documente internaționale. Astfel, art. 6 par. 1, din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale prevede că: „Orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în mod public și în termen rezonabil, de către o instanță independentă și imparțială.”

Dispoziții în acest sens se regăsesc și în Declarația Universală a Drepturilor Omului. Astfel, în art. 10 se arată că: „Orice persoană are dreptul în deplină egalitate de a fi audiată în mod echitabil și public de către un tribunal independent și imparțial.”

În Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene se menționează la art. 47 alin. (2) că: „Orice persoană are dreptul la un proces echitabil, public și într-un termen rezonabil, în fața unei instanțe judecătorești independente și imparțiale”.

Art. 2 din Principiile de bază ale independenței sistemului judiciar, redactate de Națiunile Unite în 1985, stabilesc că: „sistemul juridic va decide în problemele care îi sunt înaintate, imparțial, pe baza faptelor și în conformitate cu legea, fără vreo restricție,

* Judecător, Judecătoria Sectorului 5 București; e-mail: andyiugan@yahoo.com

influență incorectă, sugestie, presiune, amenințare sau interferență, directă sau indirect, din orice parte și pentru orice motive”.

În Principiile de la Bangalore se arată că „imparțialitatea este esențială pentru îndeplinirea adecvată a funcției judiciare. Ea privește nu doar hotărârea însăși, ci și întreg procesul prin care se ajunge la aceasta. Judecătorul își va exercita îndatoririle judiciare fără favoruri, subiectivism și prejudecăți. Judecătorul se va strădui să adopte o conduită, atât în instanță, cât și în afara acesteia, care să mențină și să întărească încrederea publicului, a juriștilor și a justițiabililor în imparțialitatea judecătorului și a corpului judiciar”¹.

Recomandarea 94 (12) a Comitetului de Miniștri către statele membre privind independența, eficiența și rolul judecătorilor, referindu-se la responsabilități, prevede la art. 3 lit. b) că, „judecătorii trebuie să soluționeze dosarele într-o manieră imparțială, în acord cu dovezile prezentate și cu interpretarea legii, să se asigure că o audiere corectă este acordată tuturor părților din proces și că drepturile procedurale ale părților sunt respectate, conform Convenției”. Într-o altă recomandare, Recomandarea (2010)12 a Comitetului de miniștri al Consiliului Europei, se subliniază necesitatea respectării aparenței, recomandând ca judecătorii să acționeze liberi de orice influență externă nepotrivită (...) și să fie percepuți astfel.

Avizul nr. 3 al Comitetului Consultativ al Judecătorilor Europeni, stabilește la art. 21 că, „judecătorii trebuie, în orice condiții, să acționeze imparțial, să se asigure că nu pot exista motive întemeiate ca cetățenii să suspecteze că nu ar fi imparțiali”.

2. Imparțialitatea judecătorului. Standardul Curții Europene a Drepturilor Omului

Necesitatea judecării cauzei de către o instanță imparțială a fost analizată în mod constant de CEDO dintr-o dublă perspectivă: subiectivă și obiectivă. În cauza *Hauschildt c. Danemarcei*, Curtea a arătat că: „existența imparțialității, în sensul conferit de art. 6 par. 1, se determină prin aplicarea unui test subiectiv, constând în examinarea convingerilor personale ale unui judecător anume într-o cauză dată și, în același timp, pe baza unui test obiectiv, al cărui scop este de a stabili dacă judecătorul a oferit garanții suficiente pentru a elimina orice dubiu legitim în cauza respectivă” (par. 47); Referitor la criteriul obiectiv, trebuie determinat „dacă independent de comportamentul personal al judecătorului, anumite fapte verificabile permit de a suspecta imparțialitatea acestuia; în această privință, chiar și circumstanțele pot avea importanță. Trebuie să pornim de la încrederea pe care trebuie s-o inspire tribunalele unei societăți democratice justițiabililor, începând, în domeniul penal, de la acuzați. Pentru a se pronunța asupra existenței, într-o cauză dată, a unui motiv legitim pentru a suspecta lipsa imparțialității unui judecător, viziunea acuzatului se ia în considerare, dar nu are un rol decisiv. Elementul determinant constă în faptul dacă temerile reclamantului pot fi considerate ca fiind justificate în mod obiectiv”. (par. 48)²

În cauza *Tocono și Profesorii Prometeiști c. Moldova*, Curtea arată că „într-o societate democratică este de o importanță fundamentală ca instanțele judecătorești să

¹ Comentariu asupra principiilor de la Bangalore privind conduita judiciară, trad. C. Dănilă, disponibilă la adresa http://www.kas.de/wf/doc/kas_19374-1522-1-30.pdf?100518095707

² Hotărârea din 24 mai 1989, disponibilă pe <http://hudoc.echr.coe.int/>

inspire încredere populației și, în primul rând, acuzatului, în cazul procedurilor penale. În acest sens, art. 6 cere instanței, care cade sub incidența sa, să fie imparțială. Imparțialitatea, în mod normal, denotă absența prejudecății sau părtinirii, existența sau absența acesteia putând fi probată în diferite moduri. Astfel, Curtea face distincție între o abordare subiectivă, adică încercarea de a constata convingerea personală sau interesul unui judecător într-o anumită cauză, și o abordare obiectivă, adică determinarea dacă el a oferit garanții suficiente pentru a exclude orice îndoială legitimă în acest sens. În ceea ce privește al doilea test, atunci când testul se aplică unui complet de judecători, aceasta înseamnă că este necesar de a stabili dacă, pe lângă comportamentul personal al oricărui dintre membrii acelui complet, există fapte care pot fi stabilite și care pot trezi dubii în ceea ce privește imparțialitatea. În această privință, chiar aparențele pot avea o anumită importanță. Atunci când se hotărăște dacă într-o anumită cauză există motive legitime de a bănuși că un complet nu este imparțial, punctul de vedere al celor care pretind că acesta nu este imparțial este important, dar nu decisiv. Ceea ce este decisiv este dacă această bănuială poate fi obiectiv justificată”. (par. 29)³

„În ceea ce privește testul subiectiv, imparțialitatea judecătorului este prezumată până la proba contrarie (cauza *Castillo Algar c. Spaniei*, cauza *Gautrin ș.a. c. Franței*, cauza *D.P. c. Franței*). Nu există o delimitare fixă între imparțialitatea subiectivă și imparțialitatea obiectivă, deoarece comportamentul unui judecător poate nu doar să genereze pentru un observator extern îndoilei justificate cu privire la imparțialitatea judecătorului (demers obiectiv), ci poate viza și chestiunea opiniei personale a judecătorului (demers subiectiv). În consecință, în situația în care găsirea unor dovezi care să infirme prezumția de imparțialitate subiectivă a judecătorului este dificilă, cerința privind imparțialitatea obiectivă conferă o garanție suplimentară importantă. Referitor la testul obiectiv, trebuie determinat dacă judecătorul oferă garanții suficiente pentru a exclude orice bănuială legitimă în privința sa. Existența unei bănușii legitime de lipsă de imparțialitate se apreciază ținând seama inclusiv de optica celui acuzat, chiar dacă aceasta nu are un caracter decisiv. Determinant este dacă temerile se dovedesc a fi justificate. Este important să se stabilească dacă anumite fapte sau împrejurări pot ridica dubii legitime cu privire la lipsa de imparțialitate a judecătorului, deci dacă temerile unei persoane cu privire la imparțialitate sunt în mod obiectiv justificate (cauza *Ferranteli și Santangelo c. Italiei*)”⁴.

3. Imparțialitatea judecătorului. Jurisprudență

Trebuie menționat că prevederile fostului Cod de procedură penală nu acopereau în întregime toate situațiile în care, potrivit jurisprudenței Curții Europene nu ar fi îndeplinite exigențele de imparțialitate ale instanței.

Avem în vedere în acest sens, în primul rând, necesitatea respectării aparenței de imparțialitate, astfel cum se observă și din hotărârile citate. Existau, într-adevăr, o serie de cazuri de incompatibilitate care vizau tocmai absența aparenței de imparțialitate cum ar fi de exemplu art. 48 lit. d) C. pr. pen. 1968 („judecătorul este incompatibil dacă există împrejurări din care rezultă că este interesat sub orice formă, el, soțul sau vreo rudă apropiată”), art. 48 lit. g) C. pr. pen. din 1968 („judecătorul este incompatibil dacă exista

³ Hotărârea din 26 iunie 2007, disponibilă pe <http://hudoc.echr.coe.int/>

⁴ ICCJ, S. pen., înch. din 3 octombrie 2016, nepublicată.

dușmănie între el, soțul sau una dintre rudele sale până la gradul al patrulea inclusiv și una dintre părți, soțul sau rudele acesteia până la gradul al treilea inclusiv”), art. 48 lit. i) C. pr. pen. din 1968 („judecătorul este incompatibil dacă a primit liberalități de la una dintre părți, avocatul sau mandatarul acesteia”). Cu toate acestea, cazurile de incompatibilitate, reglementate în mod limitativ de către Codul de procedură penală, nu aveau în vedere multitudinea de situații care pot să intervină. Exemplul cel mai clar în acest sens îl reprezintă situația în care judecătorul este prieten foarte bun cu o parte sau situația în care judecătorul și partea sunt rude îndepărtate, dar au copilărit împreună și au continuat să fie apropiați. Încadrarea acestor situații în cazul prevăzut de art. 48 lit. d) C. pr. pen. 1968 („judecătorul este incompatibil dacă există împrejurări din care rezultă că este interesat sub orice formă, el, soțul sau vreo rudă apropiată”) reprezenta o forțare a domeniului de aplicare a unui text de lege doar pentru a umple un vid legislativ (existența aparenței de imparțialitate fiind evidentă).

În noul Cod de procedură penală, legiuitorul a reparat acest vid de reglementare prin introducerea art. 64 alin. (1) lit. f), potrivit căruia judecătorul este incompatibil dacă „există o suspiciune rezonabilă că imparțialitatea judecătorului este afectată”. Un astfel de text este de natură a acoperi orice situație în care ar putea fi afectată aparența de imparțialitate a judecătorului. Din nefericire însă, un text de lege, atât de larg ca sferă de cuprindere, a condus și la o aplicare exagerată.

De exemplu, într-o cauză procurorul a solicitat recuzarea unuia dintre membrii completului de judecată deoarece acesta din urmă solicitase respingerea întrebărilor adresate martorului. În motivarea încheierii de respingere s-a arătat că „examinând motivele invocate în cererea scrisă depusă de reprezentantul Ministerului Public, respectiv că doamna judecător LR și-ar fi exprimat opinia în sensul respingerii întrebării/întrebărilor adresate martorei I.I., instanța constată că acestea nu pot constitui un dubiu anticipat cu privire la lipsa de imparțialitate la judecată în ceea ce privește soluționarea cauzei pe fond, nici sub aspect obiectiv, nici sub aspect subiectiv”⁵.

Într-o altă cauză s-a respins cererea de recuzare formulată de procuror, raportat la anumite măsuri dispuse de președintele completului de judecată. În motivare s-a arătat că „deși în cauză au fost formulate mai multe cereri de recuzare de către reprezentantul Ministerului Public ce au vizat diferite aspecte de fapt, aspect pe care această instanță îl are în vedere, Curtea consideră că motivele noi ce au stat la baza acestei ultime cereri nu au totuși forța de a conduce la constatarea existenței unei suspiciuni cu privire la imparțialitatea judecătorului fondului. Simplul fapt că în cauză au fost formulate mai multe cereri de recuzare, care au fost respinse de fiecare dată ca nefondate, nu poate atrage după sine concluzia că imparțialitatea magistratului ar fi afectată, o concluzie contrară fiind de neconceput. În ceea ce privește efectuarea unei analize asupra necesității administrării unor mijloace de probă și opiniile exprimate în acest context nu atrag incompatibilitatea judecătorului asupra fondului cauzei astfel cum rezultă în mod expres din dispozițiile Codului de procedură penală. (...) Indiferent în ce măsură judecătorul și-a motivat deciziile de dispune emiterea acestor adrese și care ar fi utilitatea acestora, judecătorul este singurul care are competența de a aprecia asupra utilității sau necesității administrării unor mijloace de probă. De asemenea, lipsa unei motivări adecvate poate fi invocată în calea de atac ordinară, dar sub nicio formă nu poate

⁵ *Idem.*

constitui un motiv valid de recuzare a judecătorului. De asemenea, implicarea Consiliului Superior al Magistraturii sau a altor organe judiciare în procesul de administrare a probelor în cursul judecății, nu poate conduce la concluzia ca imparțialitatea judecătorului a fost afectată, fiind atributul exclusiv al acestuia de a aprecia dacă se impune a apela la alte organisme pentru a asigura administrarea probatoriului pe care îl consideră util justei soluționări a cauzei. În măsura în care Ministerul Public ar considera că judecătorul a acționat contrar normelor regulamentare, reprezentanții acestuia pot sesiza organului competent acest lucru și pot cere tragerea la răspundere disciplinară a magistratului. Însă, în lipsa altor argumente derivate din acțiunile magistratului, simplul fapt că acesta apelează la alte organisme pentru a asigura buna desfășurare a procesului penal și administrarea probelor nu poate fi determinant pentru stabilirea unei lipse de imparțialitate a judecătorului⁶.

Referitor la posibilitatea judecătorului care a soluționat o cauză cu privire la un inculpat să soluționeze cauza și cu privire la un alt coinculpat, în jurisprudență și în doctrină se susține că trebuie avut în vedere dacă în considerentele hotărârii pronunțate, judecătorul și-a exprimat sau nu opinia și cu privire la vinovăția celui alt coinculpat. O soluție recentă tinde să completeze această opinie. Astfel, s-a arătat că deși în considerentele hotărârii de condamnare a unui inculpat nu a făcut referire în vreun fel la vinovăția celui alt coinculpat, în cauză există o suspiciune rezonabilă privind imparțialitatea judecătorului. În acest sens s-a avut în vedere că atât hotărârea de condamnare, cât și propunerea de arestare preventivă a celui alt coinculpat (cu care judecătorul fusese investit ulterior) se întemeiau pe aceleași mijloace de probă ce au servit drept temei al condamnării pentru primul condamnat iar în cuprinsul sentinței de condamnare „judecătorul fondului a făcut referiri explicite la credibilitatea și la valoarea probatorie incontestabilă a depozițiilor martorilor”, aceleași pe care s-a întemeiat și propunerea de arestare preventivă⁷.

În practică s-a invocat imparțialitatea judecătorilor din apel ca urmare a modului în care au soluționat anumite cereri. „Complețul ce soluționează contestația în anulare ar putea ajunge la această concluzie exclusiv în urma **reanalizării cererilor formulate**, în situația în care ar aprecia că soluțiile pronunțate inițial au fost greșite, **aspect ce depășește competența completului în calea extraordinară de atac**. Complețul investit cu soluționarea contestației în anulare nu poate aprecia cu privire la relevanța, concludența și utilitatea probelor sau asupra necesității luării măsurii asigurătorii decât după admiterea cererii, desființarea deciziei și rejudecarea apelului. De altfel, respingerea în parte a unor mijloace de probă sau luarea unor măsuri asigurătorii în cursul procesului sunt măsuri permise de dispozițiile legale și nu conduc la incompatibilitatea judecătorului, nici în raport de normele interne și nici de garanțiile impuse de dreptul la un proces echitabil.” În opinia separată la această hotărâre, după analiza modului în care au fost examinate și soluționate cererile de la toate termenele din apel, s-a opinat că toate aceste elemente „pun în evidență multiple elemente pentru a conchide că este rezonabilă suspiciunea contestatorului VD în sensul afectării imparțialității judecătorilor care au judecat cauza în apel. Temerea contestatorului este justificată în mod obiectiv de comportamentul instanței de apel prin raportare la dispozițiile imperative menționate mai

⁶ C. Ap. București, S. a II-a pen., înch. din 12 iulie 2016, nepublicată.

⁷ C. Ap. București, S. I pen., înch. din 12 mai 2016, nepublicată.

sus. Nu este vorba despre o acțiune singulară, un act izolat, ci o conduită procesuală manifestată pe parcursul termenelor de judecată din 1 iulie 2014, 7 iulie 2014, 4 august 2014 și 5 august 2014, constând în adoptarea unor soluții/măsuri care au generat neîncredere în obiectivitatea instanței”⁸.

Referitor la existența unei suspiciuni rezonabile privind imparțialitatea judecătorului, într-o cauză s-a admis cererea de recuzare motivată, printre altele, de faptul că apelul Parchetului fusese motivat prin preluarea unor pasaje dintr-o lucrare a unuia dintre judecătorii cauzei și de acordarea unui termen foarte scurt în vederea asigurării apărării și realizării procedurii de citare cu unul dintre inculpați. Instanța a arătat că „se cuvine a se menționa în primul rând faptul că, apelul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – DIICOT, nu a fost motivat la data declarării sale, ci cu numai 6 zile înaintea termenului de judecată din 11 mai 2015. Motivarea apelului, s-a făcut după desemnarea completului de judecată iar faptul că între motivele de apel ale parchetului se regăsesc pe larg opiniile doamnei judecător CB, făcute cunoscute prin intermediul site-ului organizației F.H., dar și în lucrările publicate, cu referire la confiscarea în procesul penal, a fost de natură să stârnească temerea justificată din partea inculpaților, că, în ceea ce îi privește, procesul ar putea să nu fie unul drept. În mediul judiciar, „însușirea unei opinii”, expunerea argumentelor care au stat la baza acelei opinii, nu este *de plano*, un fapt interzis, dar atunci când una dintre părțile procesului penal face trimitere la opinia judecătorului cauzei, chiar dacă nu în mod expres, este un fapt de natură a provoca temerea celeilalte părți, că, în ceea ce o privește, judecătorul va fi partinic. În al doilea rând, instanța constată că, se confirmă, din chiar cuprinsul încheierii din data de 11 mai 2015 și înregistrarea ședinței de la același termen, faptul că, în condițiile lipsei de procedură cu cetățeanul turc BKM, în condițiile în care la acest termen de judecată-prim termen de judecată, inculpații au solicitat amânarea cauzei, fie pentru a-și angaja apărători, fie pentru a pregăti apărarea (în condițiile în care așa cum s-a arătat motivele de apel ale parchetului au fost depuse cu 6 zile înainte de termen), pe de o parte reprezentantul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție-DIICOT, a arătat că „dosarul a fost înregistrat de foarte mult timp, astfel că, inculpații aveau posibilitatea să-și angajeze avocați; că inculpații încearcă să tergiverseze soluționarea cauzei; că, termenul ce se va acorda să fie unul foarte scurt iar orice încercare din partea inculpaților să fie catalogată ca tergiversare în soluționarea cauzei și un abuz de drept și care să aibă ca sancțiune lipsa dreptului și amenda judiciară”, pe de altă parte președintele completului de judecată a afirmat a afirmat: „vă anunțăm de la început, întrucât este vorba despre un dosar foarte vechi și este vorba despre fapte care s-au prescris sau stau să se prescrie după cum a reținut tribunalul, vom acorda termene foarte scurte în speranța că vom putea să îl soluționăm cât mai repede”, astfel încât, a acordat termen de judecată de numai 3 zile. În aceste condiții, este firească îndoiala inculpaților cu privire la imparțialitatea completului de judecată, văzându-se în mod evident lipsiți nu doar de dreptul de a-și formula apărări, dar și de dreptul de a mai putea propune eventuale probe, de a obține noi audieri, ca o componentă a dreptului la un proces echitabil, astfel cum garantează art. 10 alin. (1) și (2) și art. 5, art. 92 alin. (7) și (8) C. pr. pen., art. 24 din Constituție, precum și art. 6 par. 3 lit. b)-c) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Solicitarea inculpaților de a-și pregăti apărarea, catalogată de reprezentantul

⁸ C. Ap. București, S. a II-a pen., dec. pen. nr. 10/A din 6 ianuarie 2015, nepublicată.

parchetului ca un abuz de drept și acordarea de către completul de judecată a unui termen în apel, ca primă și ultimă cale de atac, de numai 3 zile, în mod indiscutabil este de natură să spulbere orice speranță la un proces echitabil”⁹.

Într-o altă cauză s-a arătat că, cazul de incompatibilitate respectiv art. 64 lit. f) C. pr. pen. nu rezultă din simplul schimb de replici cu ocazia interviului pentru promovare la ÎCCJ, în urma căruia judecătoria G.R. a fost respinsă, ci rezultă din coroborarea acestui fapt cu modalitatea tehnică de argumentare a soluției dispuse în dosarul nr. 22674/3/2015, considerentele deciziei nr. 733 din 20 mai 2015 reflectând o atitudine de părtinire în defavoarea persoanei vătămate, ce depășește limitele general admise ale amprentei personale ale judecătorului în expunerea motivelor ce au condus la pronunțarea unei soluții. Instanța subliniază că prezenta analiză nu vizează în nicio măsură temeinicia sau fundamentarea faptică a deciziei nr. 733 din 20 mai 2015, în analiza existenței sau nu a cazului de incompatibilitate prevăzut de art. 64 lit. f) C. pr. pen. obligă în mod necesar Curtea să facă referiri la elemente concrete ale considerentelor deciziei menționate. Remarcă astfel că tehnica de argumentare a soluției adoptate în dosarul de mai sus este una particulară, oarecum excepțională în peisajul practicii judiciare. Considerentele deciziei se bazează în cea mai mare parte pe aprecierea ca nelegale a probelor administrate în cursul urmăririi penale, ceea ce echivalează cu o încălcare a principiului separației funcțiilor judiciare prev. de art. 3 C. pr. pen., în condițiile în care încheierea judecătorului de cameră preliminară de la Tribunalul București pronunțată în data de 4 august 2014 prin care s-a constatat legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de urmărire penală nu a fost contestată de niciun participant procesual. Este adevărat că magistrații din apel și-au dat seama că încalcă caracterul definitiv al acestei încheieri și au procedat la constatarea nelegalității probelor administrate în cursul urmăririi penale care erau defavorabile inculpatei R, printr-un procedeu juridic inovativ, autointitulându-se „*apărători ai libertăților individuale recunoscute pe plan european*”, și în baza acestei calități procesuale sui generis au procedat, făcând o trimitere generoasă la art. 6 din Convenția EDO, la sancționarea activității procurorilor de caz (...) Chiar și dacă nu s-ar primi teza conform căreia încheierea judecătorului de cameră preliminară, necontestată, ar avea autoritate de lucru judecat, pentru echitabilitatea procedurii, impusă de același art. 6 CEDO, magistrații au obligația să pună în discuția părților nelegalitatea unor procedee probatorii, dând posibilitatea participanților să își exprime poziția și eventual să propună probe noi”¹⁰.

Un ultim aspect pe care îl vom examina îl reprezintă soluția care se impune a fi pronunțată cu privire la cererea de recuzare, în situația în care anterior s-a respins ca neîntemeiată o cerere de abținere a judecătorului pentru exact aceleași motive invocate cu ocazia recuzării. Art. 67 alin. (5) C. pr. pen. prevede că formularea unei cereri de recuzare împotriva aceleiași persoane pentru același caz de incompatibilitate cu aceleași temeiuri de fapt invocate într-o cerere anterioară de recuzare care a fost respinsă atrage inadmisibilitatea cererii de recuzare. Deși textul face referire doar de respingerea unei

⁹ C. Ap. București, S. a II-a pen., înch. din 20 mai 2015, nepublicată.

¹⁰ C. Ap. București, S. I pen., dec. nr. 1006 din 17 august 2015, nepublicată.

cereri de recuzare, practica a interpretat textul în mod extensiv, aceeași soluție impunându-se și dacă inițial a fost respinsă o cerere de recuzare¹¹.

4. Concluzii

În opinia noastră se impunea existența unui text de lege cu caracter general care să permită formularea unei cereri de abținere sau de recuzare în orice situație care să dovedească existența unei stări de incompatibilitate a judecătorului. Din nefericire însă, un astfel de text „foarte generos” a creat posibilitatea formulării unor cereri abuzive.

Considerăm că respingerea unei cereri formulate de către părți, persoana vătămată sau procuror, ori dispunerea unei măsuri procesuale nu poate constitui temei pentru formularea unei cereri de recuzare. Simplul fapt că judecătorul a aplicat prevederile legale potrivit interpretării pe care a considerat-o corectă nu este de natură a dovedi o aparență de imparțialitate față de participantul nemulțumit. Nici erorile de judecată nu pot constitui temei pentru constatarea existenței unui caz de incompatibilitate. Cu atât mai mult nici raționamentul folosit de către judecător în dispunerea unei soluții nu poate fi considerat un motiv care să justifice constatarea imparțialității judecătorului nici chiar atunci când prin raționamentul folosit s-ar încălca un principiu fundamental al procesului proces penal, cum este principiul separației funcției judiciare. Judecătorul investit cu o cale extraordinară de atac nu poate să constate incompatibilitatea judecătorului care a judecat cauza doar pentru că apreciază că hotărârea acestuia este greșită, chiar dacă greșeala este flagrantă.

Nu putem însă nu acceptăm faptul că în anumite împrejurări excepționale măsurile dispuse de către judecător pe parcursul judecării cauzei pot constitui motiv de recuzare. În ipoteza unor încălcări continue, grave și evidente ale dispozițiilor care reglementează desfășurarea procesului penal se poate vorbi de o suspiciune rezonabilă privind imparțialitatea judecătorului.

¹¹ În acest sens, a se vedea C. Ap. București, S. I pen., înch. din 12 mai 2016, nepublicată; C. Ap. București, S. a II-a pen., înch. din 3 iunie 2015, nepublicată.

SOLUȚII COMUNITARE ÎN LUPTA ROMÂNIEI CU EVAZIUNEA FISCALĂ A MULTINAȚIONALELOR

Constantin NEACȘU*

Abstract:

Tax fraud is a pervasive phenomenon, common to different countries in terms of economic or social development. In Romania, implementation of taxation rules is very difficult because fiscal policy must be accomplished so as to attract more money to the budget, but equally to persuade multinationals to not relocate in other more friendly fiscal countries. An European directive, issued in Brussels, no. 1164/2016, allows control of transfer pricing within transnational groups and limited fiscal planning of corporations, which export their profits in offshore companies and pay symbolic amounts in countries like Romania.

Keywords: *tax evasion, EU directives, state budget, transfers pricing*

1. Introducere

Globalizarea implică astăzi dificultăți din ce în ce mai mari în ceea ce privește combaterea fraudei fiscale la nivel internațional. Implicarea sporită a întreprinderilor cu sediul în diferite țări în fraudă de tip „carusel”, răspândirea comerțului electronic, acceptarea plăților alternative prin Bitcoin și globalizarea piețelor serviciilor spun multe în această direcție. Concurența fiscală între statele care vizează atragerea de activități mobile financiare poate pune în pericol sistemele de securitate socială ale economiilor dezvoltate, precum și realizarea obiectivelor de dezvoltare în țările în curs de dezvoltare. Evaziunea fiscală, scurgerile de capital și tendința într-un număr de țări a reduce taxele fiscale pentru anumite tipuri de venituri (de obicei, venituri din capital) au contribuit la reducerea capacității fiscale și a gradului de îndatorare în creșterea economică.

Cu toate că dezbaterile privind impactul internaționalizării fraudei fiscale asupra economiei românești au fost cel puțin în aparență aprinse, ceea ce frecvent pare să lipsească este o definiție clară a conceptului, una pe baza căreia un dialog real să fie stabilit în sfera publică românească. Iar măsurile concrete și imediate, dar cu rază lungă de acțiune, se lasă așteptate: teoreticienii par a nu „simți” așa cum trebuie piața, în timp ce practicienii se situează, de cele mai multe ori, pe cealaltă parte a baricadei și nu au interesul de a le devoala.

Elaborarea de reguli în domeniul fiscalității la scara Uniunii Europene este foarte dificilă, deoarece este nevoie de unanimitate în rândul celor 27 de state membre UE (28, în cazul în care Marea Britanie nu va activa art. 50 din Tratat), iar unele țări mai mici, care au politici fiscale destinate să atragă multinaționalele, se tem că aceste companii vor pleca în altă parte, dacă vor fi prea severe¹.

* Avocat, Baroul București; Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: costineacsu@yahoo.com

¹ Peter Robinson, *Globalization, Telecommunications and Trade*, in revista *Futures*, octombrie 2016.

Deși intră în mare măsură în domeniul de competență al statelor membre din Uniunea Europeană, combaterea fraudei nu este o problemă care poate fi soluționată doar la nivel național. Scopul unei strategii la nivelul UE de combatere a fraudei fiscale trebuie să fie reducerea pierderilor fiscale generate de fraude fiscale, prin identificarea domeniilor în care se pot aduce îmbunătățiri atât legislației comunitare, cât și cooperării administrative dintre statele membre. Pierre Moscovici, comisarul pentru afaceri economice și financiare, impozitare și vamă, a susținut că: *„În fiecare an, se pierd miliarde de euro din cauza evaziunii fiscale – bani care ar putea fi folosiți pentru serviciile publice precum școlile sau spitalele sau pentru a stimula crearea de locuri de muncă și creșterea economică. Rezultatul este că europenii și întreprinderile care joacă corect ajung să plătească impozite mai mari. Este o situație inacceptabilă și acționăm acum pentru remedierea ei”*.

UE a elaborat un set cuprinzător de instrumente pentru a îmbunătăți capacitatea statelor membre de a combate fraudă și evaziunea fiscală. Acest set cuprinde legislația UE (privind îmbunătățirea transparenței, schimbul de informații și cooperarea administrativă), acțiuni coordonate recomandate statelor membre (de exemplu, cele care vizează planificarea fiscală agresivă și paradisurile fiscale) și recomandările specifice fiecărei țări, ca parte a semestrului european. Prin intermediul programului Fiscalis 2020, UE va acorda și sprijin financiar pentru cooperarea între autoritățile fiscale naționale. Sistemul UE se bazează pe principiul schimbului automat de informații. În această privință, UE este lider mondial. Schimbul automat de informații între statele membre a fost conceput încă din 2003 și a fost pus în aplicare în 2005, prin Directiva privind impozitarea veniturilor din economii². Datorită acestei directive, statele membre fac schimb de informații privind veniturile din economii ale contribuabililor nerezidenți, valoarea acestora ridicându-se la 20 de miliarde euro. În plus, Directiva privind cooperarea administrativă³ prevede schimbul automat de informații privind o gamă largă de venituri. Conlucrarea în cadrul sistemului instituit la nivelul UE permite statelor membre să reducă la minimum sarcinile suplimentare pentru administrațiile fiscale și instituțiile financiare și să asigure o aplicare rapidă și coerentă în întreaga UE.

Setul de instrumente al Uniunii Europene destinat luptei împotriva fraudei fiscale și a evaziunii fiscale este încă, în bună măsură, o formă fără fond, acte în bună măsură neadoptate ori în curs de examinare.

Deși instrumentele existente au îmbunătățit considerabil schimbul de informații, statele membre nu le folosesc încă într-un mod eficient și cuprinzător. Nici potențialul multora dintre instrumentele juridice existente și al mecanismelor practice nu a fost exploatat pe deplin de către administrațiile fiscale din statele membre.

² Directiva (UE) 2015/2060 a Consiliului Uniunii Europene din 10 noiembrie 2015 de abrogare a Directivei 2003/48/CEE, privind impozitarea veniturilor din economii sub forma plăților de dobânzi.

³ Directiva 2011/16/UE a Consiliului Uniunii Europene privind cooperarea administrativă în domeniul fiscal.

2. Cum se scot banii din economia românească prin planificarea fiscală legală

Procedura prin care firmele transnaționale evită plata impozitului este cunoscută în mediile de business, dar nu s-a găsit suficientă voință politică pentru a stopa fenomenul. Marile puteri nu au dorit să elimine supapa oferită de cele 64 de paradisuri fiscale, unde se înregistrează așa numitele firme off-shore. De fiecare dată, în angrenajul firmelor multinaționale se află o firmă din grup, înregistrată într-un paradis fiscal. Mecanismul prin care se face evaziunea este saltul de preț, între o filială și alta, în off-shore. De exemplu, o firmă, înregistrată într-o țară cu impozite „normale”, exportă o componentă de 300 de euro către altă firmă din același grup, înregistrată într-un paradis fiscal. Acesta nu face nimic, doar reexportă componenta, cu un preț dublu, către o filială din România, unde se assemblează componentele și se vinde produsul finit. Singura care face profit este firma offshore, care plătește un impozit de 5%, adică 15 euro. În România, unde se realizează, de fapt, profitul, multinaționala ar trebui să plătească impozit pe profit și dividende, adică 21%, ceea ce înseamnă circa 60 de euro. Multinaționala declară însă un profit apropiat de zero, pentru că diferența a rămas în off-shore și nu plătește mai nimic.

Metodele convenționale ale fraudei fiscale internaționale cu nuanță legală, constau, în special, în două tehnici:

- utilizarea facilităților fiscale oferite de convențiile de evitare a dublei impuneri și
- prețurile de transfer

2.1. Comerțul cu convenții („*treaty shopping*”)

O metodă de diminuare a obligațiilor fiscale este tehnica utilizării companiilor pentru a profita de facilitățile fiscale oferite de convențiile de evitare a dublei impuneri din anumite state. În principiu, toate veniturile care traversează frontierele internaționale ar trebui impozitate de către țara de origine (țara sursă) sau de către țara de rezidență a beneficiarilor veniturilor (țara destinație). Dacă însă cele două țări vor dori să impoziteze acest venit, apare problema dublei impozitări. Noțiunea de „*treaty shopping*” se referă, așadar, la alegerea convențiilor fiscale cele mai avantajoase.

În următorul exemplu⁴, prezentăm o modalitate concretă de diminuare a obligațiilor fiscale folosind metoda „*treaty shopping*”, prin interpunerea în relațiile dintre două societăți aflate în țări diferite a unei a treia societăți, exclusiv în vederea beneficierii de un regim fiscal mai avantajos:

Societatea X din statul A are încheiat un contract prin care acordă dreptul de recepționare și distribuire a unui program de televiziune societății Y din statul B, pentru care firma X primește venituri din redevențe în suma de 10.000 euro. Conform convenției de evitare a dublei impuneri încheiate între statul A și statul B, impozitul reținut la sursă (respectiv în statul B) pe veniturile din redevențe obținute de firma X este în procent de 10% (este cunoscut că, în cazul în care statul de sursă al venitului are competență de impozitare, cuantumul acestui impozit nu poate depăși un anumit procent, de regulă inferior cotei utilizate pentru impozitarea veniturilor rezidenților din acel stat). Așadar, considerând un venit brut de 10.000 euro, prin scăderea impozitului în suma de

⁴ Van Weeghel S., General Report, *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, *Cahiers de droit fiscal*, Volume 95a, p. 22, 2005.

1.000 euro, rezultă venitul net obținut de firma X în suma de 9.000 euro, iar impozitul de 1.000 euro este virat la bugetul statului B.

Ulterior, pentru a beneficia de prevederile mai favorabile ale unei Convenții de evitare a dublei impunerii dintre statul B și un stat terț C, firma X înființează o filială Z în statul C, pe care o interpune în relațiile sale cu firma Y, prin cedarea către firma Z a drepturilor sale asupra programului de televiziune. Prin modificarea contractului încheiat inițial între firmele X și Y, va rezulta că firma Z din statul C vinde drepturile de recepționare și distribuire a programului de televiziune firmei Y din statul B.

În urma acestei modificări, se va aplica Convenția de evitare a dublei impunerii încheiată între statul B și statul C, conform căreia impozitul pe redevențe este în procent de 5%. Așadar, din venitul brut de 10.000 euro se reține la sursă impozitul reținut pe redevențe în suma de 500 euro, iar venitul net încasat de firma Z din statul C este în suma de 9.500 euro. Efectul acestor operațiuni constă în diminuarea impozitului pe veniturile din redevențe obținute de persoanele juridice nerezidente în defavoarea bugetului statului B, care va încasa doar 500 euro în baza Convenției cu statul C, față de 1.000 euro cât încasa inițial, în baza Convenției cu statul A.

În concluzie, aplicarea convenției de evitare a dublei impunerii încheiate între statele B și C conduce la primirea unui venit net de 9.500 euro de către firma Z, față de venitul net de 9.000 euro, cât primea inițial firma X. Totodată, statul C poate avea un regim fiscal care să prevadă că acest venit de 9.500 euro obținut de firma Z, să nu fie impozitat (acordarea de credit fiscal).

Astfel, prin crearea unei noi societăți Z, s-a beneficiat de un regim fiscal mai favorabil decât cel inițial, și aceasta în dezavantajul statului B, care încasează un impozit mai mic decât cel inițial. Pe lângă aceasta, veniturile din vânzarea drepturilor de recepționare și distribuire a programului de televiziune revin societății Z, fără ca aceasta să fie beneficiarul efectiv al acestora. Modelul prezentat are ca implicație fiscală reducerea impozitării în statul B, prin interpunerea unei societăți într-o altă țară, în vederea aplicării unui regim fiscal mai favorabil.

În continuarea acestui algoritm, se poate crea o modalitate de transfer al venitului net de la societatea Z din statul C, la societatea X din statul A.

Societatea X încheie cu societatea Z un contract de împrumut financiar, iar dobânda aferentă unui an este în suma de 10.000 euro. Contractul cuprinde o clauză prin care se stipulează că debitorul (societatea Z) va plăti o dobândă netă de 10.000 euro împrumutătorului (societatea X), ceea ce înseamnă că debitorul va suporta și impozitele aferente, reținute la sursă (în statul C). Potrivit convenției de evitare a dublei impunerii încheiate între țările A și C, cota de impozitare a veniturilor din dobânzi este în procent de 10%.

Astfel, deși inițial se reține și se plătește statului C impozitul în suma de 1.000 euro aferent venitului din dobânzi al firmei X, ulterior, conform clauzei mai sus menționate, firma X emite o factură în suma de 1.000 euro, tot ca venituri din dobânzi. Bineînțeles, și din aceste venituri se reține impozit în procent de 10%, respectiv 100 euro.

În acest caz nu putem vorbi de o fraudă fiscală în statul C, acesta încasând impozitul corespunzător. Aparent dezavantajată este firma Z, care în loc să plătească un venit net de 9.000 euro, plătește efectiv (datorită clauzei din contract) suma de 9.900 euro. Așadar, firma Z plătește în plus față de venitul net inițial suma de 900 euro, care reprezintă

diferența de impozit reținut inițial din veniturile firmei X (1.000 euro) și impozitul reținut ulterior (100 euro). Putem merge mai departe cu această idee și să favorizăm în continuare firma X, presupunând că statul A este un paradis fiscal și că veniturile din dobânzi nu se impozitează.

Folosirea filialelor în vederea reducerii sarcinii fiscale nu este ilegală, ci reprezintă o strategie a firmelor multinaționale prin care se compară avantajele și dezavantajele convențiilor de evitare a dublei impunerii încheiate între diverse țări, în vederea utilizării acelei convenții care permite obținerea unor profituri mai mari, prin aplicarea unor cote de impozitare reduse⁵.

Pentru a evita crearea acestor situații, trebuie identificat beneficiarul efectiv al veniturilor rezultate în urmă acestor transferuri formale, verificându-se activitatea reală a societății interpuse (Societatea Z din statul C) și transferurile efectuate între Societatea X din statul A și Societatea Z din statul C. Totodată, trebuie avute în vedere și rezultatele economice obținute de firmele implicate în aceste relații, dincolo de reducerea impozitării. Ținând cont că aceste firme sunt situate în țări diferite, singură modalitate prin care mișcările financiare pot fi verificate în ansamblul lor este prin colaborarea organelor de control din țările în cauză, respectiv schimbul de informații, prevăzut în Modelul OECD al Convenției fiscale în cadrul art. 26.

2.2. Prețurile de transfer

„*Transfer pricing*” este un termen utilizat pentru a descrie toate aspectele referitoare la tranzacțiile de materie impozabilă între societățile afiliate unui anumit grup. Se apreciază că nu mai puțin de o treime din comerțul mondial este intra-firmă⁶. Prețurile de transfer afectează în mod negativ posibilitatea unei țări de implementare a politicii fiscale și de ameliorare a capacității de colectare a veniturilor bugetare. Problema este cu atât mai mare în cazul unor state precum România, cu o economie fragilă, a cărei dezvoltare este în mod vital legată de eliminarea practicilor de evaziune fiscală legală sau nelegală.

Companiile multinaționale evită impozitele supraevaluând importurile și subevaluând exporturile, reușind astfel să distribuie veniturile în diverse regiuni ale globului ce prezintă mari avantaje fiscale.

Un exemplu simplu poate ilustra acest aspect: sucursala din România a unei companii multinaționale construiește un autoturism la un cost real de 30.000 de euro, dar îl vinde către o altă firmă a grupului (poziționată într-o zonă mai relaxată fiscal) pentru suma de 10.000 de euro, firmă care îl vinde la rândul ei la o valoare de piață de 70.000 de euro. Firma producătoare din România va înregistra o pierdere de 20.000 de euro, neplătind niciun impozit, în ciuda faptului că grupul a realizat un profit global de 40.000 de euro (deși acest profit a fost generat utilizând infrastructura din România).

La nivel internațional, aceste practici repetate ale companiilor multinaționale au generat eforturi de definire a fenomenului și de reglementare a sa. Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică a emis pentru prima dată în anul 1979 „*OCDE Report Transfer Pricing and Multinational Enterprise*”⁷, ulterior, în 1995 apărând un alt document „*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax*

⁵ Rogers-Glabush J, *IBFD International Tax Glossary*, 2016, 6th ed., p. 453.

⁶ Marius IDITA, „*ProExcelsior*”, Nr. 1 Septembrie 2009.

⁷ <http://www.OECD.org>

Administrators”, consacrat ca fiind documentul de bază pe plan internațional în problema prețurilor de transfer. Comisia Europeană a luat și ea decizia constituirii unui Forum Comun pentru prețurile de transfer și a unei Convenții de Arbitraj. De asemenea, tot la nivelul UE, aceste măsuri au fost completate cu adoptarea unui Cod de Conduită privind documentația prețurilor de transfer pentru persoanele afiliate din Uniunea Europeană și propunerea Comisiei privind normele de aplicare a acordurilor de preț în avans.

2.2.1. Principiul „Arm’s Length” (Prețul just)

În condițiile pieței libere, firmele independente, în atingerea obiectivelor stabilite și în vederea realizării obiectului de activitate, stabilesc legături comerciale și financiare între ele, condițiile acestor relații fiind determinate în principiu de forțele și condițiile pieței. Când întreprinderi asociate (parte a aceluiași grup, sau cu acționariat comun) au relații între ele, acestea ar putea să nu fie guvernate de forțele pieței. În unele situații, autoritățile fiscale nu trebuie să presupună automat că aceste societăți caută să manipuleze profiturile, cu atât mai mult cu cât este foarte dificil de determinat cu acuratețe prețul pieței, în condițiile lipsei unor elemente de politică comercială.

„Comitetul de Afaceri Fiscale” („*Committee of Fiscal Affairs*” – cel mai important organism al OCDE) a creat un set de reguli pentru a reduce riscul unor interpretări eronate sau abuzive privind taxarea multinaționalelor în cadrul unor operațiuni în cadrul grupului, implementând așa-numitul „*arm’s length principle*”. În acest sens, considerarea unei tranzacții ca fiind „*arm’s length*” nu trebuie confundată cu probleme de evaziune fiscală legală, sau evitare fiscală, deși folosirea politicii prețurilor de transfer poate avea și asemenea scopuri.

Se încearcă astfel ajustarea profiturilor prin referire la condițiile care s-ar fi realizat între firme independente în tranzacții comparabile și într-un context similar, membrii unui grup fiind astfel priviți ca operând mai degrabă ca entități separate decât ca o afacere unică. Principiul „*arm’s length*” pune astfel firmele asociate și pe cele independente pe un palier egalitar în ceea ce privește taxarea, distorsionând competitivitatea în piață⁸. Aplicarea principiului s-a dovedit eficientă într-o largă paletă de cazuri (ex. cumpărarea și vânzarea de mărfuri, împrumutul unor fonduri) – cazuri în care se pot face comparații echitabile cu tranzacții realizate între alte entități independente. Totuși, există multe situații în care aplicarea acestui principiu este complicată: de exemplu în cazul grupurilor multinaționale ce activează în producerea bunurilor înalt specializate.

2.2.2. Dispoziții legale aplicate în problematica Prețurilor de Transfer

Potrivit prevederilor legislației românești în materie de prețuri de transfer, în cazul tranzacțiilor derulate între persoane afiliate, contribuabilii, societăți românești, trebuie să demonstreze respectarea principiilor prețurilor de transfer (nivelul de piață). Mai mult decât atât, ultimele modificări ale legislației românești, dar și ale abordării și acțiunilor internaționale în materie de prețuri de transfer demonstrează atenția tot mai sporită atât a

⁸ Cristian BISA, *Utilizarea paradisurilor fiscale, între evaziune fiscală legală și fraudă fiscală*, p. 190, Ed.: BMT, 2005.

autorităților fiscale, cât și a diverselor organisme internaționale cu privire la acest subiect⁹.

În România, fenomenul prețurilor de transfer este relativ nou, el fiind utilizat pentru prima dată în Legea nr. 412/2002. De asemenea, prevederi legate de prețurile de transfer regăsim atât în prevederile Codului fiscal, cât și în normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 44/2004, cu modificările și completările ulterioare.

O trăsătură comună a cazurilor de practicare a prețurilor de transfer este diferența dintre nivelul de impozitare a profitului obținut în țara de rezidență a firmei-mamă și nivelurile de taxare existente în țările unde sunt înmatriculate celelalte firme membre ale grupului, profiturile migrând spre țările unde sunt cel mai puțin impozitate.

O problemă deosebită apare atunci când se acordă împrumuturi între societățile afiliate. În acest sens, legiuitorul a stabilit expres metoda aplicată de administrația fiscală în această situație¹⁰. Astfel, în cazul în care o persoană primește un astfel de împrumut, prețul pieței pentru un asemenea serviciu este constituit din dobânda acceptată de persoane independente pentru astfel de servicii, inclusiv comisionul de administrare a creditului.

Se urmărește în acest fel combaterea fenomenului de „*capitalizare subțire*” (thin capitalization), caracterizat prin îndatorarea excesivă a unei filiale cu scopul înregistrării de pierderi contabile sau profituri foarte reduse.

Nu se găsește o consacrare a acestei noțiuni în legislație, dar legiuitorul a fost preocupat de contracararea acestui fenomen atunci când a stabilit limitarea deductibilității cheltuielilor cu dobânda, în raport de gradul de îndatorare al contribuabilului (dacă gradul de îndatorare este mic, nu se pune problema „capitalizării subțiri”, cheltuielile cu dobânzile fiind în acest caz integral deductibile).

3. Planul BEPS (Base Erosion and Profit Shift) va fi transpus și în legislația românească

În timp ce opinia publică se concentrează asupra evaziunii fiscale din buticuri și restaurante, marile corporații își exportă profiturile în firme offshore, plătind sume simbolice în țări ca România. O directivă emisă la Bruxelles pentru a stopa fenomenul, 1164/2016, permite controlul prețurilor de transfer în interiorul grupurilor transnaționale. Chiar dacă marile puteri nu au dorit să elimine total paradisurile fiscale care funcționează la nivel global, Directiva reprezintă o primă victorie în războiul dintre guverne și corporații. În plus, în luna iunie 2016, guvernul a adoptat printr-un memorandum Planul BEPS („*Base Erosion and Profit Shift*”) – Erodarea bazei de impozitare și transferul profiturilor, elaborat de OECD.

Termenul tehnic se referă la efectul negativ al strategiilor de evitare a taxelor, utilizate de companiile multinaționale sau de grupurile de companii. Implicațiile vor fi fără precedent, iar unele grupuri ar putea fi chiar nevoite să-și reconfigureze întregul lanț de dețineri. Cu alte cuvinte, prin aceste reglementări se intenționează ca profiturile să fie taxate acolo unde are loc activitatea economică și se creează valoare. Totodată, va fi monitorizat impactul dublei netaxări (prin stabilirea rezidenței fiscale, fără sediu

⁹ Silvia Gâbroveanu, *Scurte considerații referitoare la problematica prețurilor de transfer*, în Curierul Fiscal, nr. 2/2009, p. 28.

¹⁰ Bălan Florin-Cristian, *Prețul de transfer*, în Revista de drept comercial nr. 3/2004, p. 207.

permanent), precum și întărirea regulilor privind societățile străine controlate (o societate străină controlată reprezintă o entitate înregistrată și care desfășoară activități într-o jurisdicție sau țară diferită de cea în care este rezidentă societatea deținătoare sau care o controlează).

Mai precis, se țintește strategiile de planificare fiscală care exploatează lacunele și inadvertențele legislative în scopul transferării artificiale a profiturilor către jurisdicții fără taxe sau cu taxe reduse. Directiva (UE) 1164/2016 se referă la marile companii transnaționale și încearcă să limiteze cea mai evoluată formă de mare evaziune fiscală, cea practică de acestea. Putem spune că evaziunea practică de transnaționale a primit o lovitură, chiar dacă nu este finalul în lupta dintre guverne și corporații. Urmează că fiecare țară să-și elaboreze propria legislație, în acest cadru stabilit de la Bruxelles și, probabil, în 2-3 ani se va finaliza la nivel european procesul legislativ.

Directiva (UE) 1164/2016 cere statelor să se ajute între ele, astfel încât să poată controla multinaționalele. Statele Uniunii vor pune în comun informațiile fiscale privind multinaționalele care operează la nivelul UE și vor alcătui o listă neagră a țărilor terțe care refuză să joace corect. Fiecare firmă din grup va trebui să demonstreze că a creat valoare. Va fi mult greu sau imposibil de justificat de ce a umflat prețul într-un offshore, unde nu se face nimic.

Măsurile de combatere a acestor practici vor reforma principiile fiscalității din România. Planul BEPS, prin cele 15 seturi de acțiuni, include recomandări pentru modificarea legislației și va aduce schimbări în prețurile de transfer și convențiile de evitare a dublei impunerii.

Totodată, directiva adoptată în iulie 2016, stabilește normele împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale și va afecta activitatea grupurilor multinaționale, urmărind împiedicarea evitării plății impozitului pe profit de către societățile rezidente prin devierea veniturilor către filiale/sucursale situate în țări cu un nivel mai redus de impozitare. Aceasta se va aplica contribuabililor supuși impozitului pe profit într-unul sau mai multe state membre, inclusiv sediilor permanente de pe teritoriul UE ale unor entități rezidente fiscal în afara UE și stabilește norme pentru: limitarea deductibilității dobânzilor, impozitarea la ieșire (*exit taxation*), norme generale anti-abuz, impozitarea societăților străine controlate și impozitarea aranjamentelor hibride.

În concluzie. Directiva redistribuie profiturile în piață comună în funcție de jurisdicția fiscală unde s-au încasat veniturile. Directiva pune pe picior de egalitate companiile mici și mari în competiția internă și oferă o mai mare predictibilitate pentru un plan economic bazat pe reducerea fiscalității.

4. Concluzii

Subiectul fraudei fiscale face obiectul multor dezbateri, vizând atât spațiul economic intern, cât și cel mondial. Spre deosebire de preocupările manifestate pe plan mondial, preocupările interne de reducere a evaziunii fiscale se rezumă, cu precădere, la fiscalizarea micilor afaceri, evitând, cu bună știință, sfera paradisurilor fiscale.

Statele au obligația esențială¹¹ de a asigura siguranța cetățeanului, iar pe cale de consecință, acestea nu pot să rămână indiferente față de evoluția constantă a criminalității

¹¹ <http://www.wall-street.ro/articol/Finante-Banci/180740/fiscalitatea-in-2015-schimbati-va-mentalitatea-si-nu-mai-comiteti-abuzuri.html?full#ixzz3TgD8YViu> accesat la 7 august 2015.

organizate și a fenomenului fraudelor economice. Ambele forme de manifestare antisocială au demonstrat că acestea au un caracter extrem de flexibil și găsesc întotdeauna noi metode de eludare a legii. Din această cauză, statele sunt nevoite să caute în permanență noi soluții creative în configurarea cadrului juridic și instituțional, destinat prevenirii și controlului fenomenului activităților desfășurate de criminalitatea organizată.

Un acord între UE și Statele Unite ar fixa reperele unei baze mondiale de impozitare care ar pune punct scandalurilor legate de prețurile de transfer și ar permite regândirea în liniște a locului impozitului pe societăți, în sistemele fiscal ale secolului XXI.

Dacă eradicarea fraudei fiscale și a criminalității organizate țin de domeniul utopicului, eforturile statelor și organismelor internaționale vor trebui să se concentreze asupra diminuării efectelor generate la un nivel acceptabil din punct de vedere al costurilor sociale. În acest sens gestionarea eficientă a criminalității economice nu poate avea rezultate decât în condițiile unei redresări economice, politice și morale a societății, ca premisă hotărâtoare pentru a se asigura respectarea legii de către cetățeni.

INFLUENȚA MODIFICĂRILOR LEGISLATIVE INTERVENITE ÎN MATERIE PROCESUAL-PENALĂ, ÎN ULTIMUL DECENIU, ASUPRA EVOLUȚIEI DREPTULUI PROCESUAL PENAL ÎN ROMÂNIA

Anca-Lelia LORINCZ*

Abstract:

*In the context of reforming the legal framework of justice and judicial activity in general, legislative changes over the past decade in order to harmonize our legislation with the *acquis communautaire*, influenced also the institutions of criminal procedural law.*

If, on the evolution of the criminal procedural law in Romania it is quite difficult to decide what extent progress has been made (in the predominance of the positive or negative aspects of legislative changes in these 10 years), regarding the science of criminal procedural law, we can say that it has developed through contributions of more and more researchers, theoreticians, academics and practitioners who have studied and interpreted legal institutions changed or newly introduced in criminal procedure.

Keywords: legislative changes, criminal and procedural legislation, criminal trial, Code of Criminal Procedure, criminal procedural law

1. În contextul reformării cadrului normativ în domeniul justiției și al activității judiciare, în general, modificările legislative survenite în ultimul deceniu, în vederea armonizării legislației noastre cu *aquis*-ul comunitar, au influențat și instituțiile de drept procesual penal.

La momentul aderării României la Uniunea Europeană, majoritatea normelor de procedură penală erau cuprinse în Codul de procedură penală de la 1968, cod care suferise deja importante modificări și completări legislative¹.

Perioada 2007-2010 a fost cea în care s-au mai adus o serie de „ajustări” Codului de la 1968, anterior adoptării unui nou Cod de procedură penală².

Astfel, în 2007, Codul de procedură penală a mai fost modificat prin Legea nr. 79/2007³ (în privința competenței curții de apel).

* Prof. univ. dr., Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”, București; e-mail: lelia.lorincz@gmail.com

¹ Cele mai importante modificări, ca amploare, fuseseră operate în 2003, prin Legea nr. 281/2003 privind modificarea și completarea Codului de procedură penală și a unor legi speciale (publicată în M. Of. nr. 468 din 1 iulie 2003), act normativ prin care au fost vizate toate instituțiile de drept procesual penal: principiile fundamentale ale procesului penal, participanții, acțiunile, competența, probele și mijloacele de probă, măsurile procesuale, actele procesuale și procedurale comune, urmărirea penală, plângerea prealabilă, judecata, executarea hotărârilor penale și unele proceduri speciale. De asemenea, în 2006, modificări substanțiale ale instituțiilor de drept procesual penal au intervenit, odată cu modificarea Codului de procedură penală prin Legea nr. 356/2006 (publicată în M. Of. nr. 677 din 7 august 2006) și O.U.G. nr. 60/2006 (publicată în M. Of. nr. 764 din 7 septembrie 2006).

² De altfel, în 2007 (anul aderării României la Uniunea Europeană) a demarat procesul de elaborare a unui nou cod, prin adoptarea H.G. nr. 829/2007 pentru aprobarea tezelor prelabile ale proiectului Codului de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 556 din 14 august 2007.

³ Legea nr. 79/2007, publicată în M. Of. nr. 225 din 2 aprilie 2007.

Și în 2008, Codul de procedură penală a mai suferit modificări: prin Legea nr. 57/2008⁴ (în materia asistenței juridice) și prin O.U.G. nr. 31/2008⁵ (în privința procedurii speciale în cauzele cu infractori minori).

În 2009, au mai intervenit modificări prin Legea nr. 8/2009 (de aprobare a O.U.G. nr. 31/2008) și prin Legea nr. 195/2009⁶ (modificări în materia executării pedepsei închisorii sau a detențiunii pe viață).

În 2010, prin Legea nr. 177/2010⁷ a fost adăugat în Codul de procedură penală un nou caz de revizuire (revizuirea în cazul deciziilor Curții Constituționale – hotărârile definitive pronunțate în cauzele în care Curtea Constituțională a admis o excepție de neconstituționalitate pot fi supuse revizuirii, dacă soluția pronunțată în cauză s-a întemeiat pe dispoziția legală declarată neconstituțională).

Totodată, prin Legea nr. 202/2010 (așa-numita „mică reformă”⁸) au mai fost aduse modificări substanțiale Codului de procedură penală, prin introducerea unor dispoziții privind accelerarea soluționării proceselor. Astfel, în materia urmăririi penale, au fost modificate unele dispoziții din Cod, urmărindu-se asigurarea celerității prin înlăturarea acelor prevederi care presupuneau intervenția instanței în privința revocării sau încetării unor măsuri preventive în cazul în care procurorul dădea o soluție de netrimiteră în judecată.

Prin Legea nr. 135/2010 a fost adoptat noul Cod de procedură penală (cod care urma să intre în vigoare la o dată ulterioară, prevăzută într-o viitoare lege pentru punerea sa în aplicare)⁹, act normativ care a avut ca scop esențial, declarat în expunerea de motive¹⁰, crearea unui cadru legislativ modern în materie procesual penală, care să răspundă pe deplin imperativelor funcționării unei justiții moderne, adaptate așteptărilor sociale, precum și necesității creșterii calității acestui serviciu public. Dispozițiile noului Cod de procedură penală au urmărit să răspundă cerințelor de accelerare a duratei procedurilor penale, simplificare a acestora și creare a unei jurisprudențe unitare, în acord cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

În 2013, prin Legea nr. 2/2013¹¹, în vederea degrevării Înaltei Curți de Casație și Justiție de soluționarea tuturor cererilor de strămutare, au mai fost aduse câteva modificări Codului de procedură penală 1968 (încă în vigoare la acel moment), atât în privința instituției strămutării, cât și în privința competenței curților de apel și a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

⁴ Legea nr. 57/2008, publicată în M. Of. nr. 228 din 25 martie 2008.

⁵ O.U.G. nr. 31/2008, publicată în M. Of. nr. 224 din 24 martie 2008, aprobată prin Legea nr. 8/2009, publicată în M. Of. nr. 105 din 20 februarie 2009.

⁶ Legea nr. 195/2009, publicată în M. Of. nr. 365 din 1 iunie 2009.

⁷ Legea nr. 177/2010, publicată în M. Of. nr. 672 din 4 octombrie 2010.

⁸ Încă din faza dezbaterilor publice, Legea nr. 202/2010 (publicată în M. Of. nr. 714 din 26 octombrie 2010) a fost denumită de către inițiatorul ei, Ministerul Justiției, „mica reformă”, delimitând-o astfel de „marea reformă” a legislației penale și procesual-penale care s-a dorit a avea loc prin intrarea în vigoare a noilor coduri.

⁹ Legea nr. 135/2010, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

¹⁰ Expunerea de motive la proiectul noului Cod de procedură penală, www.just.ro

¹¹ Legea nr. 2/2013 referitoare la unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru asigurarea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 89 din 12 februarie 2013.

Tot în 2013 s-a adoptat Legea nr. 255/2013¹² pentru punerea în aplicare a Codului de procedură penală, lege care a adus, la rândul ei, modificări substanțiale la forma adoptată a Codului, noul Cod fiind astfel modificat încă înainte de intrarea sa în vigoare.

Mult așteptata reformă a legislației penale și procesual-penale române avea să fie adusă prin intrarea în vigoare, la 1 februarie **2014**, a noului Cod penal și a noului Cod de procedură penală. Față de codurile anterioare (de la 1968), actualele coduri (penal și de procedură penală) s-au înscris într-o concepție modernă, urmărind atât armonizarea cu legislațiile europene și jurisprudența CEDO, cât și crearea unui cadru legislativ care să asigure protecția unitară a drepturilor omului și a libertăților garantate de Constituție și de instrumentele juridice internaționale, precum și celeritatea procesului penal.

Din păcate, intrarea în vigoare a actualului Cod de procedură penală nu a adus și stabilitatea legislativă așteptată, acest atât de important act normativ fiind, la rândul lui supus mai multor modificări și completări, din 2014 și până în prezent. Astfel, la câteva zile după intrarea sa în vigoare, actualul Cod a fost modificat și completat prin O.U.G. nr. 3/2014¹³ (printre altele, prin adăugarea dispozițiilor-cadru privind calea de atac a contestației¹⁴).

De asemenea, tot în 2014, actualul Cod a fost modificat prin O.U.G. nr. 82/2014¹⁵ (în privința măsurii preventive a controlului judiciar).

În **2015**, Codul de procedură penală este, din nou, modificat prin O.U.G. nr. 24/2015¹⁶ (în privința măsurii preventive a arestului la domiciliu) și prin Legea nr. 318/2015¹⁷ (în materia sechestrului, ca măsură asigurătorie).

Și în **2016** au fost operate mai multe intervenții legislative asupra actualului Cod de procedură penală, prin: O.U.G. nr. 6/2016¹⁸ (în privința punerii în executare a mandatelor de supraveghere tehnică și în privința competenței organelor de cercetare penală speciale), Legea nr. 75/2016 (referitor la metodele speciale de supraveghere sau cercetare, la procedura de cameră preliminară și la recursul în casație), Legea nr. 116/2016 (în

¹² Legea nr. 255/2013, publicată în M. Of. nr. 515 din 14 august 2013.

¹³ O.U.G. nr. 3/2014 pentru luarea unor măsuri de implementare necesare aplicării Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru implementarea altor acte normative (publicată în M. Of. nr. 98 din 7 februarie 2014), aprobată prin Legea nr. 58/2016 (publicată în M. Of. nr. 285 din 14 aprilie 2016)

¹⁴ Fără a reprezenta un nou grad de jurisdicție, distinct de cel al apelului, contestația a fost concepută ca o cale de atac îndreptată împotriva unor hotărâri nedefinitive (deci, are natura juridică a unei căi de atac ordinare), prin care nu se atacă fondul cauzei și care se poate exercita numai atunci când legea o prevede expres (în situațiile în care nu este prevăzută calea de atac a apelului) – A.L. Lorincz, *Contestația – cale de atac specifică în materie penală*, în volumul Conferinței științifice internaționale GIDNI 3 „Globalization and National Identity. Studies on the Strategies of Intercultural Dialogue”, Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016, p. 533.

¹⁵ O.U.G. nr. 82/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală (publicată în M. Of. nr. 911 din 15 decembrie 2014), aprobată, cu modificări, prin Legea nr. 75/2016 (publicată în M. Of. nr. 334 din 29 aprilie 2016).

¹⁶ O.U.G. nr. 24/2015 pentru modificarea Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală (publicată în M. Of. nr. 473 din 30 iunie 2015), aprobată, cu modificări, prin Legea nr. 116/2016 (publicată în M. Of. nr. 418 din 2 iunie 2016).

¹⁷ Legea nr. 318/2015 pentru înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale de Administrare a Bunurilor Indisponibilizate și pentru modificarea și completarea unor acte normative, publicată în M. Of. nr. 961 din 24 decembrie 2015.

¹⁸ O.U.G. nr. 6/2016 privind unele măsuri pentru punerea în executare a mandatelor de supraveghere tehnică dispuse în procesul penal, publicată în M. Of. nr. 190 din 14 martie 2016.

materia arestului la domiciliu), O.U.G. nr. 18/2016¹⁹ (modificări substanțiale în materia urmăririi penale, a dispozițiilor generale privind judecata, a judecății în primă instanță, a căilor de atac, precum și a procedurilor speciale), Legea nr. 151/2016²⁰ (o completare privind conținutul dispozitivului hotărârii pronunțate la judecata în primă instanță) și O.U.G. nr. 70/2016²¹ (în privința recursului în casație).

Cele mai substanțiale modificări și completări, în 2016, au fost aduse prin O.U.G. nr. 18/2016, acestea fiind justificate prin necesitatea punerii în aplicare a unor decizii ale Curții Constituționale (decizii prin care o serie de dispoziții ale Codului de procedură penală au fost declarate neconstituționale), precum și prin necesitatea transpunerii unor directive ale Uniunii Europene (în special privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale și privind protecția victimelor criminalității).

2. Dacă, până la intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală, modificările legislative au fost justificate de necesitatea adaptării, pe cât posibil, a dispozițiilor unui cod adoptat în urmă cu 40 de ani, la cerințele actuale, modificările operate după intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală se pot explica doar prin „deficiențele” acestui cod (unele semnalate de practica judiciară, altele constatate de Curtea Constituțională printr-o serie de decizii prin care un mare număr de dispoziții procesual-penale au fost declarate neconstituționale²²).

Prin urmare, pe lângă efectele pozitive ale intrării în vigoare a actualului Cod de procedură penală (alinieră la standardele europene și crearea unui cadru normativ care permite celeritatea procedurilor, precum și asigurarea unei practici judiciare unitare), există și aspecte negative care au impus și încă mai impun unele modificări legislative.

De pildă, printre aspectele pozitive ale actualei codificări, se poate evidenția reglementarea principiilor fundamentale ale procesului penal (sub denumirea de „principii ale aplicării legii procesuale penale”, în art. 2-12 C. pr. pen.), pe lângă principiile deja consacrate în Codul de procedură penală de la 1968 (al legalității, al aflării adevărului, al prezumției de nevinovăție, al dreptului la apărare, al respectării demnității umane, al limbii oficiale), în actualul Cod fiind prevăzute în mod expres noi principii fundamentale: principiul separării funcțiilor judiciare în procesul penal, principiul obligativității acțiunii penale strâns legat de cel subsidiar al oportunității, precum și principiul *ne bis in idem*.

Astfel, prin consacrarea expresă a principiului *ne bis in idem*, actualul Cod de procedură penală român se conformează standardului european reglementat în art. 4 al Protocolului nr. 7 la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a

¹⁹ O.U.G. nr. 18/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, precum și pentru completarea art. 31 alin. (1) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, publicată în M. Of. nr. 389 din 23 mai 2016.

²⁰ Legea nr. 151/2016 privind ordinul european de protecție, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, publicată în M. Of. nr. 545 din 20 iulie 2016.

²¹ O.U.G. nr. 70/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și a Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, publicată în M. Of. nr. 866 din 31 octombrie 2016.

²² De altfel, Curtea Constituțională continuă să constate că unele dispoziții procesual-penale contravin Legii fundamentale, ultimele decizii (la data elaborării acestui material) prin care Curtea a admis excepții de neconstituționalitate a unor dispoziții ale Codului de procedură penală, fiind pronunțate pe 18 ianuarie 2017.

libertăților fundamentale care garantează, în materie penală, dreptul persoanei de a nu fi urmărită penal, judecată sau condamnată din nou pentru aceeași faptă.

Un alt efect pozitiv al intrării în vigoare a actualului Cod de procedură penală îl reprezintă reducerea numărului gradelor de jurisdicție, asigurându-se astfel premisele celerității procesului penal. De fapt, această reducere a numărului gradelor de jurisdicție s-a realizat treptat, începând încă înainte de intrarea în vigoare a actualului Cod, când, prin Legea nr. 202/2010, au fost aduse modificări Codului de procedură penală de la 1968 în materia competenței instanțelor judecătorești. Astfel, deși sistemul nostru procesual-penal menținea, la acel moment, reglementarea triplului grad de jurisdicție (judecata în primă instanță, judecata în apel și judecata în recurs), parcurgerea acestor trei grade nu mai era o regulă, doar unele cauze (cele care erau judecate în primă instanță la tribunal) mai putând fi judecate atât în primă instanță, cât și în apel și în recurs.

Instituind principiul dublului grad de jurisdicție pentru majoritatea cauzelor penale, Legea nr. 202/2010 a operat modificări și în materia apelului și a recursului, ca și căi de atac ordinare. Potrivit Legii nr. 202/2010, recursul declarat împotriva unor hotărâri care, în baza legii, nu puteau fi atacate cu apel (de pildă, sentințele pronunțate de judecătorie) nu era limitat la cazurile de casare expres prevăzute de lege, instanța fiind obligată ca în afara temeiurilor invocate și a cererilor formulate de recurent, să examineze legalitatea și temeinicia hotărârii pronunțate în vederea înlăturării erorilor de fapt sau de drept; în aceste cauze, instanța de recurs putea administra probe noi sau readministra probele în situația în care considera necesar pentru asigurarea dreptului părților la un proces echitabil. Așadar, nu exista nicio situație în care judecata pe fond să se limiteze la un singur grad de jurisdicție, nefiind posibilă pronunțarea în primă și ultimă instanță a unei hotărâri de condamnare sau care să conțină o „declarație de vinovăție”, ceea ce însemna că se respectau cerințele art. 2 par. 1 al Protocolului 7 la Convenția europeană (garantarea dublului grad de jurisdicție)²³.

În actualul Cod de procedură penală, reducerea numărului gradelor de jurisdicție s-a finalizat prin reconfigurarea sistemului căilor de atac, fiind prevăzută o singură cale de atac ordinară, integral devolutivă, și anume apelul. Recursul a devenit, astfel, cale extraordinară de atac, sub denumirea de recurs în casație, exercitat doar în cazuri anume prevăzute de lege și numai pentru motive de nelegalitate.

Spre deosebire de reglementarea recursului în Codul de procedură penală de la 1968, care (ca și cale de atac ordinară) era o cale de atac preponderent de reformare (în sensul că instanța de recurs – ca instanță superioară celei care pronunța hotărârea atacată – desființa acea hotărâre și pronunța ea însăși o nouă hotărâre), în concepția actualului Cod de procedură penală recursul în casație este o cale de atac exclusiv de anulare. De altfel, termenul „casație” provine din limba franceză, unde „casser”, „cassation” înseamnă a desființa, a casa, a anula²⁴.

²³ A.L. Lorincz, *Căile de atac ordinare în materie penală, din perspectiva prevederilor Legii nr. 202/2010 („mica reformă”) și ale noului Cod de procedură penală*, în *Revista Tribuna Juridică* nr. 1 (vol. 2)/2012, pp. 30-49.

²⁴ A.L. Lorincz, *De la „recurs” la „recurs în casație” în reglementarea noului Cod de procedură penală*, în volumul Conferinței științifice internaționale „Provocări și strategii în ordinea și siguranța publică”, Ed. Universitară, București, 2014, pp. 245-253.

În reglementarea actualului Cod de procedură penală, recursul în casație este conceput ca o cale extraordinară de atac, prin care se urmărește asigurarea unei practici unitare la nivelul întregii țări²⁵, cale de atac a cărei soluționare este numai în competența Înaltei Curți de Casație și Justiție, fiind analizată conformitatea hotărârilor definitive atacate cu regulile de drept, prin raportare la cazurile de casare expres și limitativ prevăzute de lege.

Alte elemente de ordin pozitiv, în reglementarea actualului Cod de procedură penală, au fost aduse prin introducerea unor dispoziții distincte privind asigurarea unei practici judiciare unitare: dispozițiile care reglementează recursul în interesul legii și cele care reglementează noua instituție a sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

Spre deosebire de recursul în interesul legii, instituția sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept are un „rol preventiv”, în sensul că instanța de judecată (completul) investită cu soluționarea cauzei, evitând să dea o soluție prin care ar intra în contradicție cu soluțiile diferite date de alte instanțe asupra unei chestiuni de drept, solicită în prealabil Înaltei Curți de Casație și Justiție să se pronunțe asupra acelei chestiuni printr-o interpretare (dezlegare) care să devină obligatorie pentru toate instanțele. Deși, sub aspectul tehnicii legislative, unele dintre dispozițiile actualului Cod de procedură penală român prin care se urmărește asigurarea unei practici judiciare unitare sunt criticabile, pentru că nu satisfac cerințele conciziei și clarității textului de lege (de pildă, art. 475 referitor la obiectul sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept), noile prevederi reprezintă un real progres al legislației noastre procesual-penale față de reglementarea anterioară²⁶.

Se observă, însă (ca aspecte negative), că există unele dispoziții din Codul de procedură penală, care nu corespund întru totul cerințelor de tehnică legislativă exprimate de principiul economiei de mijloace de exprimare, respectiv de principiul accesibilității. Astfel, pe parcursul a 603 articole (față de 524, câte conținea codul anterior), în actualul Cod de procedură penală legiuitorul a reglementat mult mai detaliat unele instituții juridice, existând chiar un exces de reglementare. Se remarcă o dezvoltare mai ales a Părții generale a Codului actual, care conține 284 de articole (comparativ cu 199 de articole, câte număra Partea generală a Codului anterior). Spre exemplu, Titlul IV din Partea generală a Codului de procedură penală actual („Probele, mijloacele de probă și procedeele probatorii”) include și anumite activități de natură criminalistică (identificarea persoanelor și a obiectelor), activități care anterior nu făceau obiectul unei reglementări procesual-penale. Tot în ceea ce privește Titlul IV din Partea generală a Codului, observăm că există unele prevederi, în special în materia metodelor speciale de supraveghere sau cercetare, care depășesc exigențele principiului economiei de mijloace de exprimare.

Pe de altă parte, deși se face distincție, în prezent, prin lege, între noțiunile de probă, mijloc de probă și procedeu probatoriu (procedeu probatoriu fiind definit în actualul Cod de procedură penală ca fiind modalitatea legală de obținere a mijlocului de probă),

²⁵ Expunerea de motive la proiectul noului Cod de procedură penală, www.just.ro.

²⁶ A.L. Lorincz, *Asigurarea unei practici judiciare unitare prin dispozițiile actualului Cod de procedură penală*, în *Revista Journal of Law and Administrative Sciences Special Issue* 2015, pp. 282-292.

aceiași Titlul IV din Partea generală a Codului nu este foarte bine sistematizat, sub aspectul unei succesiuni logice a reglementărilor, care să asigure accesibilitatea acestora.

Și în Partea specială a Codului de procedură penală există unele dispoziții care nu răspund cerințelor de concizie, fie prin repetarea unor prevederi întâlnite și în Partea generală a Codului (de pildă, în art. 324 alin. (4), referitor la efectuarea urmăririi penale de către procuror, se reiau dispoziții din art. 200 alin. (2) privind comisia rogatorie), fie prin formularea unor fraze lungi, greu accesibile (spre exemplu, așa cum arătam anterior, art. 475 în care este reglementat obiectul sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept).

Este adevărat că certitudinea legii nu poate fi absolută, că normele juridice (chiar și cele penale sau de procedură penală) au, în mod inevitabil, un anumit grad de incertitudine; dat fiind caracterul general și abstract al normei, aceasta nu poate conține descrieri concrete de fapte. Acceptarea acestei realități nu exclude, însă, necesitatea unui maxim de precizie în determinarea conținutului reglementării, prin aplicarea, ca principii de tehnică legislativă, a economiei de mijloace de exprimare și a accesibilității²⁷.

Totodată, preluarea, din sistemul de tip adversial, a unor instituții, precum acordul de recunoaștere a vinovăției, care a avut, ca efect pozitiv, reducerea duratei procesului penal, trebuia adaptată la tradiția dreptului românesc. Dificultatea adaptării unor asemenea aspecte de tip adversial în sistemele de drept continental a fost evidentă și în demersul legiuitorului român. De aceea, noua reglementare a instituției acordului de recunoaștere a vinovăției, ca procedură specială, nu a fost ocolită de unele critici de neconstituționalitate, în urma cărora instanța de control constituțional a pronunțat o decizie (Decizia Curții Constituționale nr. 235/2015²⁸) care a impus operarea unor modificări legislative în materie, prin O.U.G. nr. 18/2016²⁹.

3. În concluzie, dacă, în privința evoluției dreptului procesual penal în România, este destul de dificil în a ne pronunța în ce măsură s-a înregistrat un progres (în sensul predominării aspectelor pozitive sau a aspectelor negative ale modificărilor legislative intervenite în acești 10 ani), în ceea ce privește știința dreptului procesual penal, putem spune că aceasta s-a dezvoltat, prin contribuțiile tot mai multor cercetători, teoreticieni, cadre didactice universitare, dar și practicieni care au studiat și interpretat instituțiile juridice modificate sau nou-introduse în materie procesual-penală.

²⁷ A.L. Lorincz, *Economia de mijloace de exprimare și accesibilitatea – ca principii de tehnică legislativă în materie penală*, în volumul Sesiunii științifice „Simplificarea – imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului” organizată de Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, București, 17 aprilie 2015, pp. 596-606.

²⁸ Dec. CCR nr. 235/2015, publicată în M. Of. nr. 364 din 26 mai 2015.

²⁹ A.L. Lorincz, *Acordul de recunoaștere a vinovăției, ca procedură specială – modificări legislative*, în volumul Conferinței științifice internaționale CC14 „Convergent Discourses. Exploring the Contexts of Communication”, Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016, pp. 139-145.

IMPACTUL LEGISLAȚIEI EUROPENE ASUPRA LEGISLAȚIEI PENALE. COOPERAREA JUDICIARĂ ÎN MATERIE PENALĂ

*Anca FICA**

Abstract:

The unprecedented development of international relations in contemporary society has been accompanied by an increase also unprecedented international crime by the proliferation of forms of organized crime in several states.

Scientific and technical progress made and expansion of democratization internationally, has created the possibility easily movement of people and goods, thus leading to the development of human society as a whole. Unquestionably beneficial effect for the whole of humanity, however, created the possibility of a large proliferation of crime worldwide phenomenon.

Judicial cooperation at European level involves facilitating cooperation between legal professionals (judges, prosecutors and defense lawyers) and their counterparts in other Member States, improving mutual recognition of judgments in criminal matters from one Member State to another, developing – when necessary – approximation of substantive and procedural, monitoring implementation of adopted legislation and taking account of the criminal justice external relations (relations with non-EU).

Conceived from the need to ensure their own citizens and the default security polity appropriate judicial cooperation in criminal matters among other countries experienced a significant evolution since the second half of last century. While examining the emergence and evolution of this institution highlights that its improvement was driven by developments clearly unprecedented crime and in particular of the transnational organized.

International judicial cooperation in criminal matters governed by Law no. 302/2004, is at the current moment a challenge in law, both because of the importance and complexity involved with national and international consequences.

Keywords: *judicial cooperation, crime, international relations, law, security*

1. Scurt istoric privind aderarea României la Uniunea Europeană

Uniunea Europeană este o organizație a țărilor europene dedicată creșterii integrării economice și întărirea cooperării între state. Uniunea Europeană are sediul în Bruxelles, Belgia și a fost înființată oficial la 1 noiembrie 1993. Este cea mai recentă organizație de cooperare europeană care a început cu Comunitatea Europeană de Cărbune și Oțel din 1951 care a devenit Comunitatea Europeană în 1967. Membrii acestei organizații au fost: Belgia, Marea Britanie, Danemarca, Franța, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxembourg, Olanda, Portugalia și Spania. În 1991 guvernele celor 12 state membre au semnat Tratatul Uniunii Europene, care a mai fost numit și Tratatul Maastricht. Acesta a

* Consilier juridic; e-mail: f.anca08@yahoo.com

transformat Comunitatea Europeană în Uniunea Europeană. În 1994 Austria, Suedia și Finlanda au intrat și ele, astfel numărul total de membrii a ajuns la 15.

Uniunea Europeană are mai multe obiective importante. În special ea muncește pentru a promova și extinde cooperarea între membrii în unele regiuni, inclusiv în probleme economice, sociale, comerț, politică externă, securitate și probleme judiciare. Alt obiectiv major a fost implementarea Uniunii Economice și Monetare (UEM), care a stabilit o singură monedă pentru membrii UE. În afară de UEM, progresul spre aceste obiective e lent. Abilitatea Uniunii Europene de a-și atinge obiectivele a fost limitată de neînțelegeri între statele membre, probleme economice și politice externe și presiune din partea noilor democrații est europene de a deveni membre.

România a semnat în 1993 acordul de asociere la UE, iar în 1995 a dobândit statutul de stat asociat la UE. Astfel, Uniunea Europeană, interesată la rândul ei în extinderea procesului de integrare, sprijină România, țară relativ tânără democrată, prin asistență, consultanță și finanțarea unor proiecte care corespund standardelor europene. Obiectivul vizat este ca toate zonele, respectiv țara noastră, să aibă un nivel asemănător de dezvoltare, pentru a nu mai exista dezechilibre regionale, astfel nivelul de trai din țara noastră s-ar ridica. Asta nu înseamnă că noi românii vom simți diferența în bine imediat ce România va adera la Uniunea Europeană.

Lărgirea UE aduce serioase beneficii României: ea va fi sprijinită în procesul de tranziție spre democrație și economia de piață, urmărindu-se respectarea drepturilor omului, funcționarea statului de drept, a pluralismului politic și a separației puterilor în stat; va beneficia de tehnologii avansate pentru modernizarea industriei și agriculturii, a introducerii unui management modern; pătrunderea pe Piața Interna a UE permite creșterea productivității și a nivelului de trai a românilor; perspectiva integrării în Piața Internă a Uniunii o obligă să-și creeze mecanisme de piață funcționale, o economie competitivă, în măsură să reziste presiunilor concurențiale ale produselor și serviciilor occidentale; îi este garantată independența și suveranitatea, participarea ei în cadrul PESC, la soluționarea unor probleme importante ale lumii contemporane.

România este prima țară din Europa Centrală și de Est care a stabilit relații oficiale cu Comunitatea Europeană. În 1967, au fost inițiate negocierile pentru încheierea unei serii de acorduri tehnico-sectoriale privind anumite produse agroalimentare, respectiv brânzeturi, ouă, carne de porc cu scopul de a scuti produsele românești de taxe suplimentare, dar și de a obliga partea română să respecte un anumit nivel al prețurilor pentru a nu crea dificultăți pe piața statelor membre. În 1974, prin semnarea unui tratat bilateral, România intră în sistemul generalizat de preferințe al Comunității Europene.

În 1993 la Copenhaga, statele membre au decis că statele asociate din Europa Centrală și de Est pot deveni state membre al Uniunii Europene, în momentul, în care îndeplinesc criteriile economice și politice necesare. Acest lucru a dus la depunerea de către România a cererii de aderare la Uniunea Europeană la 22 iunie 1995, la câteva luni după intrarea în vigoare a Acordului European (1 februarie 1995).

Prin decizia Consiliului European de la Helsinki din decembrie 1999 de a deschide negocierile de aderare cu România, urmată de lansarea oficială, în februarie 2000, a procesului de negociere a aderării României la Uniunea Europeană se face trecerea la o nouă etapă de consolidare a relațiilor dintre România și Uniunea Europeană. Consiliile Europene de la Copenhaga (decembrie 2002), de la Salonic (iunie 2003), Bruxelles

(decembrie 2003) și Bruxelles (iunie 2004) reconfirmă sprijinul statelor membre ale Uniunii Europene pentru finalizarea negocierilor în 2004, semnarea Tratatului de Aderare cât mai curând posibil în 2005 și aderarea efectivă în ianuarie 2007.

La 13 aprilie 2005, România primește avizul conform al Parlamentului European, urmând ca semnarea Tratatului de Aderare să aibă loc la 25 aprilie 2005. Începând cu această dată, România are statutul de observator la activitatea instituțiilor europene, fiind implicată în procesul de elaborare a legislației comunitare, dar neavând drept de vot. Dintre statele membre UE, Tratatul a fost ratificat până în prezent de Slovacia, Ungaria, Slovenia, Cipru, Republica Elenă, Estonia, Cehia, Spania și Italia.

La 25 octombrie 2005, Comisia Europeană publică primul Raport Comprehensiv de Monitorizare pentru România care confirmă progresele importante în pregătirea internă, și măsurile ce urmează să fie luate în continuare pentru asigurarea aderării la 1 ianuarie 2007.

2. Considerații generale privitoare la cooperarea judiciară în materie penală

Pericolul tot mai accentuat determinat de creșterea criminalității transnaționale, necesitatea prevenirii și combaterii acesteia cu mai multă eficiență într-un cadru organizat la nivel mondial, a determinat adoptarea unor instrumente regionale sau mondiale care să unifice eforturile statelor lumii în stoparea proliferării criminalității transnaționale.

Crima organizată se află tot mai mult în atenția opiniei publice, a guvernelor naționale și a organizațiilor internaționale, deoarece acest fenomen constituie o reală amenințare la adresa securității și ordinii naționale și internaționale.

Pe plan intern, Parlamentul României a adoptat Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, lege care a fost modificată și completată prin Legea nr. 224/2006 și care reglementează, în mod unitar, diferitele forme de cooperare și de asistență judiciară internațională în materie penală. La elaborarea legii s-a avut în vedere legislația comunitară în vigoare, precum și instrumentele în domeniu ale Consiliului Europei, care fac parte din *acquis-ul comunitar*. Astfel, legea este armonizată cu dispozițiile Convenției Uniunii Europene din 29 mai 2000 privind asistența judiciară în materie penală și transpune decizia-cadru a Consiliului Uniunii Europene din 13 iunie 2002 privind echipele comune de anchetă. În același spirit al recunoașterii reciproce a hotărârilor, prin Titlul III al legii – care a intrat în vigoare de la data aderării României la Uniunea Europeană, 1 ianuarie 2007, s-a asigurat transpunerea în dreptul intern a deciziei-cadru a Consiliului Uniunii Europene din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre ale Uniunii Europene. În cele mai multe dintre situații, Convenția permite contactul direct între autoritățile judiciare solicitante și solicitate.

Cea mai cunoscută Convenție multilaterală și, prin natura lucrurilor, cel mai frecvent utilizată de România este Convenția europeană de asistență judiciară în materie penală, adoptată la Strasbourg la 20 aprilie 1959¹. Această Convenție este aplicată de România în relația cu celelalte state membre ale Consiliului Europei, dar și cu state nemembre care au ratificat-o. Ea este completată de Protocolul adițional din 17 martie 1978 și de al

¹ Convenția Europeană din 20 aprilie 1959 privind asistența judiciară în materie penală, publicată în M. Of. nr. 492 din 21 decembrie 1998.

doilea Protocol adițional, din 8 noiembrie 2001. Cel de-al doilea Protocol adițional, copie aproape fidelă a Convenției UE din 29 mai 2000, a intrat în vigoare pentru România la 1 martie 2005 și, la fel ca și primul Protocol adițional, se aplică în relația cu acele state parte la Convenția-mamă care l-au ratificat.

Cooperarea judiciară la nivel european presupune facilitarea cooperării între membrii profesiilor juridice (judecători, procurori și avocați ai apărării) și omologii acestora din alte state membre, îmbunătățind recunoașterea reciprocă a hotărârilor judecătorești în materie penală de la un stat membru la altul, dezvoltând – atunci când este cazul – apropierea dispozițiilor de drept material și procedural, monitorizând aplicarea legislației adoptate și ținând seama de aspectele justiției penale legate de relațiile externe (relațiile cu țările care nu sunt membre ale UE).

Concepută din necesitatea de a asigura propriilor cetățeni și implicit organizării statale o securitate corespunzătoare, cooperarea judiciară în materie penală între statele lumii a cunoscut o importantă evoluție începând cu cea de-a doua jumătate a secolului trecut. Examinarea apariției și evoluției în timp a acestei instituții evidențiază faptul că perfecționarea acesteia a fost determinată în mod evident de evoluția fără precedent a criminalității și, în special, a celei organizate transnaționale.

Cooperarea judiciară în materie penală nu este numai unul dintre pilonii fundamentali ai Uniunii Europene, ci creează astăzi, chiar și în afara spațiului de libertate, securitate și justiție, contextul unei cunoașteri aprofundate a sistemelor de drept ale statelor implicate. Totodată, ea subliniază faptul că încrederea și deschiderea pe care, în baza principiului cooperării loiale și a obligațiilor asumate la nivelul Uniunii Europene și în plan internațional, statele trebuie să o acorde unele altora, nu sunt întotdeauna manifestate pe deplin.

Cooperarea internațională în materie penală, care inițial avea un caracter exclusiv interguvernamental, asistența judiciară internațională, în sens larg, fiind solicitată sau acordată de sau prin intermediul autorităților executive, a căpătat în zilele noastre noi dimensiuni și valențe. Dacă la nivel global, cooperarea în domeniul penal rămâne, în general, cantonată în formalism, în Europa, și mai cu seamă la nivelul Uniunii Europene, deși încă guvernată preponderent de instrumente interguvernamentale, vorbim, după 1999, de cooperare judiciară, iar noile instrumente juridice, bazate pe principiile recunoașterii și încrederii reciproce, reglementează forme de cooperare directă între autorități judiciare, într-un spațiu judiciar comun².

Încrederea reciprocă este piatra de temelie pe care ar trebui construită politica UE în domeniul justiției. UE a construit fundații importante pentru promovarea încrederii reciproce, însă este necesar ca aceasta să fie consolidată în continuare pentru a se garanta faptul că cetățenii, practicienii în domeniul dreptului și judecătorii au deplină încredere în hotărârile judecătorești, indiferent de statul membru în care acestea au fost pronunțate. Instrumentele UE, cum ar fi mandatul european de arestare sau regulile privind aspectele legate de conflictele de legi între statele membre, impun un nivel ridicat de încredere reciprocă între autoritățile judiciare din diferite state membre. Încrederea reciprocă între instanțe și administrații le ajută să recunoască și să execute hotărârile lor respective și facilitează accesul la justiție în condiții de egalitate în toate statele membre. O cerință

² N. Neagu, *Cooperarea judiciară internațională în materie penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 10.

esențială a încrederii reciproce este independența, calitatea și eficiența sistemelor judiciare³ și respectarea statului de drept⁴. Un element foarte important al încrederii este ca progresele realizate în legislație să devină o realitate. Acest lucru presupune ca actele legislative convenite la nivelul UE să fie transpuse și aplicate efectiv. Sunt necesare, de asemenea, instrumente eficace de asigurare a respectării legislației la nivel național pentru a asigura un mai bun acces la justiție în toate statele membre.

3. Formele cooperării judiciare internaționale în materie penală

Domeniul de aplicare al Legii nr. 302/2004⁵ se limitează la următoarele forme de cooperare judiciară internațională în materie penală:

- a) extrădarea;
- b) predarea în baza unui mandat european de arestare;
- c) transferul de proceduri în materie penală;
- d) recunoașterea și executarea hotărârilor;
- e) transferarea persoanelor condamnate;
- f) asistența judiciară în materie penală;
- g) alte forme de cooperare judiciară internațională în materie penală.

Cooperarea judiciară internațională în materie penală nu se aplică modalităților specifice de cooperare polițienească internațională, dacă, potrivit legii, acestea nu se află sub un control judiciar.

Extrădarea este procedura prin care un stat suveran (statul solicitat) acceptă să predea la cererea unui alt stat (statul solicitant) o persoană care se află pe teritoriul său și care este urmărită penal sau trimisă în judecată pentru o infracțiune ori este căutată în vederea executării unei pedepse în statul solicitant⁶.

Astfel, **scopul extrădării** este de a aduce persoana suspectată de a fi comis o infracțiune cât mai curând în țară unde a comis infracțiunea și, acolo, de a o aduce în fața instanței în a cărei circumscripție s-a comis infracțiunea.

Această cooperare transnațională necesită un fundament legal și trebuie să decurgă conform regulilor interstatuale prevăzute și garantate pentru o astfel de situație. Din acest punct de vedere, extrădarea este, un angajament convenit între guvernele statelor suverane de a încredința o persoană în puterea statului solicitant în scopul urmăririi penale pentru anumite infracțiuni sau pentru executarea pedepsei privative de libertate sau pentru aplicarea de măsuri preventive.

Cadrul general și condițiile de realizare a extrădării sunt reglementate printr-o serie întreagă de prevederi ale unor documente internaționale, printre care în mod deosebit amintim Convenția ONU împotriva criminalității transnaționale organizate, adoptată la

³ Comunicarea Comisiei – „Tabloul de bord al UE privind justiția – Un instrument pentru promovarea justiției eficace și a creșterii” – COM(2013)160 și Comunicarea Comisiei – „Tabloul de bord al UE pentru 2014 privind justiția” – COM(2014)155.

⁴ Comunicarea Comisiei – „Un nou cadru al UE pentru consolidarea statului de drept”, COM (2014) 158.

⁵ Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, republicată în M. Of. nr. 377 din 31 mai 2011.

⁶ R.F. Răzvan, *De la extrădare la mandatul european de arestare. O privire istorică și juridică*, în Dreptul nr. 2/2006.

New York la 16 noiembrie 2000 și art. 44 din Convenția Națiunilor Unite împotriva corupției, adoptată la New York la 31 octombrie 2003. În conformitate cu aceste reglementări internaționale, ratificate și de țara noastră, dispozițiile privind extrădarea se aplică infracțiunilor prevăzute în convenții sau în cazurile în care un grup infracțional organizat este implicat într-o infracțiune prevăzută în aceste reglementări, iar persoana care face obiectul cererii de extrădare se află în statul parte solicitat, cu condiția dublei incriminări.

Pe plan european, se aplică Convenția europeană privind extrădarea, elaborată sub egida Consiliului Europei, semnată la Paris la 13 decembrie 1957 și intrată în vigoare la data de 18 aprilie 1960, care reglementează toate aspectele referitoare la această instituție deosebit de importantă în lupta împotriva criminalității organizate, respectiv obligația de extrădare, faptele pasibile de extrădare, situația infracțiunilor cu caracter politic, militar și fiscal, extrădarea naționalilor, cazuri în care extrădarea poate fi refuzată sau nu este acordată, regula specialității extrădării, modalitățile de predare a extrădatului și a obiectelor, tranzitarea și o serie de reguli procedurale. Problematika extrădării între țările membre ale Uniunii Europene este reglementată prin două convenții referitoare la acest subiect, și anume Convenția privind procedura simplificată de extrădare între statele membre ale Uniunii Europene, stabilită prin Actul Consiliului din 10 martie 1995 și Convenția privind extrădarea între statele membre ale Uniunii Europene, stabilită prin Actul Consiliului din 27 septembrie 1996, ambele texte fiind negociate și elaborate pe baza art. K.3 din tratatul asupra Uniunii Europene.

În România, cadrul juridic al extrădării este reglementat în Constituție (art. 19), în Codul penal (art. 9) și în Titlul II „Extrădarea” din Legea nr. 302/2004 privind cooperarea 18 judiciară internațională în materie penală, art. 22-76, astfel cum a fost modificat și completat prin Legea nr. 224/2006, respectiv Titlul III al Legii nr. 302/2004 format din art. 77-108, intitulat „Cooperarea judiciară în materie penală cu statele membre ale Uniunii Europene în baza unui mandat european de arestare și predare”, care a intrat în vigoare după aderarea României la Uniunea Europeană, la 1 ianuarie 2007.

Extrădarea poate fi de mai multe feluri, și anume: **pasivă, voluntară și activă.**

Extrădarea pasivă. Pot fi extrădate din România, în condițiile prezentei legi, la cererea unui stat străin, persoanele aflate pe teritoriul său, care sunt urmărite penal sau sunt trimise în judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni ori sunt căutate în vederea executării unei pedepse sau a unei măsuri de siguranță în statul solicitant.

Persoane exceptate de la extrădare

Nu pot fi extrădați din România:

- a) cetățenii români, dacă nu sunt întrunite condițiile prevăzute la art. 24;
- b) persoanele cărora li s-a acordat dreptul de azil în România;
- c) persoanele străine care se bucură în România de imunitate de jurisdicție, în condițiile și în limitele stabilite prin convenții sau prin alte înțelegeri internaționale;
- d) persoanele străine citate din străinătate în vederea audierii ca părți, martori sau experți în fața unei autorități judiciare române solicitante, în limitele imunităților conferite prin convenție internațională.

Calitatea de cetățean român sau de refugiat politic în România se apreciază la data rămânerii definitive a hotărârii asupra extrădării. Dacă această calitate este recunoscută, între data rămânerii definitive a hotărârii de extrădare și data convenită pentru predare, se va pronunța o nouă hotărâre în cauză.

Extrădarea voluntară. Persoana extrădabilă are dreptul să declare în fața instanței că renunță la beneficiile pe care i le poate conferi legea de a se apăra împotriva cererii de extrădare și că își dă consimțământul să fie extrădată și predată autorităților competente ale statului solicitant.

Declarația sa este consemnată într-un proces-verbal, semnat de președintele completului de judecată, grefier, persoana extrădabilă, avocatul ei și de interpret. După ce instanța constată că persoana extrădabilă este pe deplin conștientă de consecințele opțiunii sale, instanța, luând și concluziile procurorului, examinează dacă nu există vreun impediment care exclude extrădarea.

Dacă se constată că extrădarea voluntară este admisibilă, instanța ia act despre aceasta prin sentință și dispune totodată asupra măsurii preventive necesare să fie luată până la predarea persoanei extrădabile. Sentința este definitivă, se redactează în 24 de ore și se transmite de îndată, în copie legalizată, Ministerului Justiției, pentru a proceda conform legii.

Extrădarea activă. Extrădarea unei persoane, împotriva căreia autoritățile judiciare române competente au emis un mandat de arestare preventivă sau un mandat de executare a pedepsei închisorii ori căreia i s-a aplicat o măsură de siguranță va fi solicitată statului străin pe teritoriul căreia aceasta a fost localizată, în toate cazurile în care sunt întrunite condițiile prevăzute de prezenta lege.

Predarea în baza unui mandat european de arestare este o procedură în care o decizie este emisă de autoritatea judiciară competentă a unui stat membru al Uniunii Europene, în vederea arestării și predării către alt stat membru a unei persoane solicitate în vederea efectuării urmăririi penale, a judecății sau în scopul executării unei pedepse sau a unei măsuri privative de libertate.

Mandatul European de arestare înlocuiește instrumentele anterioare de cooperare judiciară în materie penală între statele membre ale Uniunii Europene, în special cele prevăzute de Convenția Europeană privind extrădarea din 13 decembrie 1957 și Convenția de aplicare a Acordului Shengen din 19 iunie 1990. Originalitatea mandatului european constă în faptul că este aplicabil pe întreg spațiul UE⁷.

Mandatul European de arestare reprezintă un progres către o unificare reală a diferitelor sisteme legislative europene și se poate aplica cu succes împotriva terorismului și a criminalității organizate transfrontaliere.

Rațiunea mandatului European de arestare constă în necesitatea de a se asigura că infractorii nu se pot sustrage justiției pe întreg teritoriul Uniunii Europene, el reprezentând

⁷ I.C. Morar, *Mandatul European de arestare. Context European și intern*, în *Curierul Judiciar* nr. 4/2005, p. 107.

instrumentul de aducere a persoanei solicitate în fața justiției statului emitent pentru instrumentarea procedurilor penale⁸.

Transferul de proceduri în materie penală este acea formă a cooperării judiciare în care efectuarea unei proceduri penale sau continuarea unei proceduri inițiate de autoritățile judiciare competente ale unui stat, pentru o faptă care constituie infracțiune, poate fi transferată unui alt stat, dacă transferul procedurii penale servește intereselor unei bune administrări a justiției sau favorizează reintegrarea socială în caz de condamnare.

Recunoașterea și executarea hotărârilor este acea formă a cooperării judiciare care presupune atribuirea unei hotărâri emise de o instanță din străinătate sau unui act judiciar străin a efectelor similare pe care le produce o hotărâre sau un act judiciar emis de către o instanță națională.

Transferarea persoanelor condamnate constituie acea formă a cooperării judiciare în care un resortisant al unui stat, condamnat în străinătate, este transferat, după condamnare sau după executarea unei părți din pedeapsă, în statul al cărui cetățean este, pentru executarea pedepsei sau a restului de pedeapsă.

Asistența judiciară în materie penală vizează mai multe activități, îndeosebi comisiile rogatorii internaționale, audierile prin videoconferință, înfățișarea în statul solicitant a martorilor, experților și a persoanelor urmărite, transferul temporar al persoanelor deținute pe teritoriul statului solicitant, interceptarea și înregistrarea convorbirilor și a comunicărilor, supravegherea transfrontalieră, constituirea de echipe comune de anchetă, efectuarea de anchete sub acoperire sau livrări supravegheate, perchezițiile, ridicarea de obiecte și înscrisuri și sechestrul, transmiterea spontană de informații, remiterea obiectelor și dosarelor, precum și comunicarea actelor de procedură care se întocmesc ori se depun într-un proces penal.

Asistența judiciară în materia penală se particularizează în relația între statele membre ale Uniunii Europene, în special în ceea ce privește dispozițiile pentru punerea în aplicare a acordurilor privind eliminarea treptată a controalelor la frontierele comune, dar și prevederi privind cooperarea în domeniul schimbului de informații legate de conturile și transferurile bancare, executarea în Uniunea Europeană a ordinelor de indisponibilizare a bunurilor sau a probelor, aplicarea principiului recunoașterii reciproce a sancțiunilor pecuniare și a ordinelor de confiscare.

Celelalte forme de cooperare judiciară se află în faza incipientă sau a acordului de principiu, cum ar fi recunoașterea și executarea ordinului european de restricție, care presupune recunoașterea și executarea pe tot cuprinsul Uniunii Europene a unei hotărâri judecătorești prin care persoanei condamnate i se interzice dreptul de a comunica cu victima sau cu membri de familie ai acesteia, cu persoanele cu care a comis infracțiunea sau cu alte persoane, stabilite de instanță, ori de a se apropia de acestea.

Concluzii

Politica UE în domeniul justiției și a cooperării judiciare a devenit din ce în ce mai importantă pentru integrarea europeană și foarte reală pentru mulți cetățeni. Aceasta joacă un rol important în asigurarea respectării valorilor comune pe care este întemeiată

⁸ G. Tudor, M. Constantinescu, *Mandatul european de arestare. Aspecte teoretice și practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 19.

Uniunea, în consolidarea creșterii economice și în contribuția la eficacitatea altor politici ale UE. O politică UE în domeniul justiției bine concepută poate garanta faptul că persoanele și întreprinderile, în special cele care au făcut uz de dreptul lor la liberă circulație, beneficiază efectiv de pe urma unui spațiu european comun de justiție, fiabil și pe deplin funcțional.

Prezenta Agendă UE în domeniul justiției pentru 2020 prezintă orientările Comisiei pentru îndrumarea politică a eforturilor UE în anii viitori, care vor fi discutate acum cu Parlamentul European și cu Consiliul, precum și cu publicul larg. Rezultatul acestei dezbateri ar trebui să alimenteze, de asemenea, orientările strategice care urmează a fi furnizate de către Consiliul European în temeiul art. 68 din TFUE.

Punerea în practică a acestor orientări va necesita eforturi continue și hotărâte din partea tuturor instituțiilor UE și a tuturor statelor membre, precum și implicarea deplină a tuturor părților interesate, în special a cetățenilor în calitate de utilizatori finali ai sistemelor judiciare, a autorităților judiciare și a practicienilor din domeniul dreptului. O astfel de implicare este de o importanță crucială pentru găsirea unor soluții care să răspundă provocărilor practice reale din viața zilnică a cetățenilor și a întreprinderilor și care să corespundă așteptărilor acestora.

Impactul legislației europene asupra vieții de zi cu zi a cetățenilor și a întreprinderilor europene este de așa natură, încât fiecare practician național în domeniul dreptului – de la avocați și executori judecătorești, pe de o parte, la judecători și procurori, pe de altă parte – ar trebui să dețină cunoștințe și privind legislația UE și să aibă capacitatea de a interpreta și de a aplica efectiv legislația UE, în paralel cu legislația națională. În cadrul sistemului juridic descentralizat al Uniunii, judecătorii naționali trebuie adesea să devină „specialiști în legislația UE” pentru a-și putea îndeplini responsabilitățile.

Formarea practicienilor din domeniul dreptului în materie de legislație UE este, prin urmare, extrem de importantă pentru a se asigura faptul că legislația UE este pusă în aplicare și aplicată în mod corect, pentru a consolida încrederea reciprocă între sistemele judiciare și a permite practicienilor să coopereze și să manifeste încredere reciprocă la nivel transfrontalier.

Ca urmare, până în 2020, justiția și drepturile cetățenilor nu ar trebui să mai cunoască frontiere în UE.

POSIBILE VICII DE CONSTITUȚIONALITATE PRIVIND DREPTUL LA APĂRARE AL ACUZATULUI

*Dumitru Irinel SAMOILĂ**

Abstract:

Information about changing the legal classification during prosecution, is a variation of information about criminal charges. As such, the provision contained in Art. 311 par. 3 of the Code of Criminal Procedure, has pronounced facets of unconstitutionality and unconventionality, because it deprives the right of the defense of one of its fundamental guarantees, namely information about criminal charges.

Changing the legal classification during prosecution cannot have against the defendant, but only to a suspect.

Keywords: *information, criminal charge, unconstitutionality*

Astfel cum s-a reținut în jurisprudența constituțională anterioară¹, Codul de procedură penală român consacră trei modalități principale de acuzație în materie penală, reglementate de art. 307 (referitor la aducerea la cunoștință a calității de suspect), art. 309 (referitor la punerea în mișcare a acțiunii penale și la aducerea la cunoștință a calității de inculpat) și art. 327 lit. a) (referitor la rezolvarea cauzelor prin emiterea rechizitoriului și sesizarea instanței de judecată). De asemenea, este consacrată ca fiind o modalitate secundară de acuzație în materie penală și cea prevăzută de dispozițiile art. 341 alin. (7) pct. 2 lit. c), referitoare la reținerea cauzei spre judecare, în ipoteza admiterii plângerii împotriva soluției de clasare dispuse cu privire la inculpat.

Pe lângă aceste forme principale, legislația procesual penală națională reglementează și un număr de trei forme subsidiare de acuzație în materie penală, incidente în caz de redimensionare a acesteia, reglementate de dispozițiile art. 311 alin. (1) (referitor la extinderea procesului penal și la schimbarea încadrării juridice în cursul urmăririi penale), respectiv art. 386 alin. (1) (referitor la schimbarea încadrării juridice în cursul judecății).

La fel ca orice alt drept consfințit fie pe cale legislativă sau judiciară acuzatului, și dreptul la informare despre acuzație naște o obligație corelativă din partea organelor judiciare, aceasta fiind în fapt premisa poziționării acestui drept în rândul celor *garantate*.

După cum spuneam și cu altă ocazie², raportul drept-obligație de informare despre acuzație se poate manifesta pe plan obiectiv în mai multe momente ale procesului penal, în funcție de importanța acestui moment distingându-se mai multe forme ale raportului:

A. formele *primare* de manifestare, în care acuzatul este la primul contact cu învinuirea (fie din cauza formulării recente, fie a redimensionării sau reactivării acuzației):

* Avocat, Baroul București, e-mail: samoila_irinel@yahoo.com

¹ Dec. nr. 599 din 21 octombrie 2014, M. Of. nr. 886 din 5 decembrie 2014, par. 33-34.

² D.I. Samoilă, *Informarea despre acuzația penală*, în *Caiete de Drept Penal*, nr. 4/2015, p. 59.

- aducerea la cunoștință a calității de suspect, în conformitate cu dispozițiile art. 307;
- informarea suspectului despre extinderea urmăririi penale cu privire la fapte noi, în conformitate cu dispozițiile art. 311 alin. (3);

- explicarea conținutului învinuirii către inculpat în cursul judecății, [odată cu începerea judecății, în caz de desființare a soluției de clasare în urma admiterii plângerii conform art. 341 alin. (7) pct. 2 lit. c), pentru persoanele față de care în cursul cercetării penale a fost pusă în mișcare acțiunea penală], în conformitate cu dispozițiile art. 374 alin. (2).

B. formele *subsidiare* de manifestare, în situațiile în care acuzatul a mai avut anterior contact cu aceeași învinuire:

- comunicarea faptei pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală, în conformitate cu dispozițiile art. 309 alin. (2), cu referire la art. 108 alin. (1);

- explicarea conținutului învinuirii de către președintele completului de judecată, pentru inculpatul trimis în judecată prin rechizitoriu, în conformitate cu dispozițiile art. 374 alin. (2);

- punerea în discuție a noii încadrări juridice în cursul judecății, în conformitate cu dispozițiile art. 386 alin. (1).

Importanța distingerei între cele două forme constă în aceea că în raport de ele poate fi analizată conduita acuzatului cu privire la exercitarea celorlalte prerogative ale apărării. Astfel, în timp ce în cazul informărilor primare acela este și momentul din care acuzatul este în măsură a-și organiza apărarea, în cazul informărilor subsidiare se poate considera că acesta a avut deja un prim contact cu acuzația, eventualele vătămări ale dreptului la apărare produse de neregularitățile ivite, fiind mai greu de dovedit.

Deosebita importanță a acestor forme subsidiare de acuzație în materie penală, a fost subliniată constant în jurisprudența convențională, în cauza *Mattochia c. Italiei*³, statuându-se că „... cerințele par. 3 al art. 6 din Convenție reprezintă aspecte particulare al dreptului la un proces echitabil garantat de par. 1. Particularitățile acuzației joacă un rol crucial în procesul penal, în sensul că din momentul punerii lor la dispoziție, acuzatul este informat formal de bazele factuale și legale ale acuzației ce-i este adusă.

În timp ce dimensiunile detalierii la care se referă aceste garanții variază în funcție de circumstanțele particulare ale fiecărui caz, acuzatului trebuie să-i fie furnizate suficiente informații necesare înțelegerii pe deplin dimensiunea acuzațiilor aduse, în perspectiva pregătirii unei apărări adecvate. Aceste deziderate nefiind îndeplinite, s-a constatat o violare a art. 6 par. 3 subpar. a) și b) prin raportare la par. 1 al aceluiași articol din Convenție...”

De asemenea, în cauza *Adrian Constantin c. României*⁴, în care reclamantul s-a plâns despre faptul că a fost condamnat direct în recurs, în urma schimbării încadrării juridice într-o faptă mai ușoară, schimbare ce s-a efectuat însă chiar în etapa deliberărilor, s-a reținut că, „... deși nu se neagă dreptul instanței naționale supreme de efectua un astfel de demers, Curtea observă că acest drept este însoțit de garanții procedurale în favoarea inculpatului, garanții ce nu au fost efectivizate în cauză, cu atât mai mult cu cât latura subiectivă a infracțiunii, care diferă de la infracțiunea reținută inițial la cea reținută ulterior, nu a fost vreodată dezbătută de părți.”

³ Hotărârea din 25 iulie 2000, disponibilă la <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁴ Hotărârea din 12 aprilie 2011, disponibilă la <http://hudoc.echr.coe.int>.

Motivele pentru care acuzatul ar fi putut combate noua acuzație ar fi fost diferite decât cele alese pentru care a contesta acuzația inițială, fapt pentru care s-a constatat o violare a dreptului la informare despre acuzație.

Hotărârea din cauza *Pelissier și Sassi c. Franței*⁵ este cu atât mai elocventă cu cât, se consideră ca fiind o lipsă de echitabilitate în situația în care reclamanții au fost condamnați în urma schimbării încadrării juridice din autorat în complicitate la infracțiunea de bancrută, fără ca în prealabil noua încadrare să fie supusă dezbaterilor adversariale, cu toate că într-o fază incipientă a cercetărilor, această acuzație a fost adusă în discuție, fără însă să fie materializată cu ocazia trimiterii în judecată. Aceasta întrucât „...simplul fapt că schimbarea încadrării juridice a survenit în urma solicitării părților civile formulate prin motivele de apel, care au fost disponibile reclamanților din timp, nu califică aceasta ca fiind o informare a acuzaților, atât timp cât procurorul sau instanța nu s-au referit la noua acuzație, iar această nouă acuzație, dacă ar fi fost cunoscută, ar fi putut presupune o tactică și mijloace suplimentare sau diferite de apărare.”

Este lesne de observat așadar, din multitudinea de momente procesuale în care se manifestă, importanța pe care legiuitorul o acordă acestei prerogative a dreptului la apărare, consființind în aparență⁶, o superioritate a standardului național față de cel convențional.

Cu toate acestea, potrivit dispozițiilor art. 311 alin. (1) C. pr. pen., *în cazul în care, după începerea urmăririi penale, organul de urmărire penală constată fapte noi, date cu privire la participarea unor alte persoane sau împrejurări care pot duce la schimbarea încadrării juridice a faptei, dispune extinderea urmăririi penale ori schimbarea încadrării juridice.*

Totodată, potrivit dispozițiilor alin. (3) ale aceluiași articol, *organul judiciar care a dispus extinderea urmăririi penale sau schimbarea încadrării juridice este obligat să îl informeze pe suspect despre faptele noi cu privire la care s-a dispus **extinderea**.*

Din interpretarea sistematică a textelor, rezultă fără putință de tăgadă că, pe parcursul urmăririi penale, în eventualitatea redimensionării acuzației, legiuitorul a înțeles a acorda dreptul de a fi informat despre aceasta, doar în situația extinderii urmăririi penale, nu și în cea a schimbării încadrării juridice, aceasta deși, potrivit normei cu rang de principiu cuprinsă în dispozițiile art. 10 alin. (3) C. pr. pen., acuzatul trebuie informat atât despre fapta pentru care se efectuează urmărirea penală, cât și despre *încadrarea juridică a acesteia*.

Valența de neconstituționalitate a textului intervine așadar în ipoteza în care, norma internă cuprinsă în dispozițiile art. 311 alin. (3) C. pr. pen., ar putea fi interpretată în sensul că ar conferi dreptul la informare despre acuzație doar în ipoteza extinderii urmăririi penale, nu și în ipoteza schimbării încadrării juridice.

⁵ Hotărârea din 25 martie 1999, disponibilă la <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁶ Întrucât standardul convențional cuprins în art. 6 par. 3 lit. a) din CEDO, astfel cum este exemplificat jurisprudența Curții de la Strasbourg, obligă la minimum o informare despre acuzație. Cu toate acestea, prin termenul de *acuzație*, acesta fiind un concept autonom nedeterminat de definițiile naționale, se înțelege învinuirea ce se materializează într-o hotărâre de condamnare. În acest sens, *Pelissier și Sassi c. Franței*, par. 48-68; *Adrian Constantin c. României*, par. 18-26; *Backstrom și Andersson c. Suediei*, toate disponibile la www.echr.coe.int.

Indiferent de resorturile care au generat această schimbare a opticii legislative⁷, apreciem că norma precitată prezintă posibile vicii de constituționalitate și convenționalitate, venind în conflict cu dispozițiile art. 24 alin. (1), art. 21 alin. (3) și art. 20 alin. (1) și (2) din Constituție, cu referire la dispozițiile art. 6 par. 3) a și b) din Convenția EDO.

Aceasta întrucât, informarea despre schimbarea încadrării juridice în cursul urmăririi penale, este o *variațiune a informării despre acuzația în materie penală*, la rândul său o garanție a dreptului la apărare și la un proces echitabil, ambele principii de rang constituțional și convențional.

În acest sens, Curtea de la Strasbourg subliniază, în mod deosebit, interdependența dreptului de a fi informat despre acuzație, cu dreptul la timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării, în sensul că „... art. 6 par. 3 reprezintă condiții intrinseci garantării dreptului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 par. 1. În baza par. 3 lit. a) al art. 6 din Convenție, orice persoană acuzată de o faptă penală are dreptul de a fi informată imediat, într-o limbă pe care o înțelege, în detaliu, cu privire la natura și cauza acuzației adusă împotriva sa. Art. 6 par. 3 lit. b) garantează dreptul acuzatului de a beneficia de timpul și facilitățile necesare pregătirii apărării sale și prin urmare, implică faptul că activitatea de apărare în fond în numele său poate cuprinde tot ceea ce este necesar pentru a se pregăti. Acuzatul trebuie să aibă oportunitatea de a-și organiza apărarea într-un mod corespunzător și fără restricții fiindu-i asigurată posibilitatea de a-și prezenta în fața instanței toate argumentele pentru a putea influența soluția. Așadar, una dintre facilitățile unei persoane acuzate penal este aceea de a se putea familiariza cu rezultatul investigației.”⁸.

Într-adevăr, în acord cu jurisprudența constituțională anterioară⁹, „... aspectele legate de respectarea dreptului la un proces echitabil se examinează în funcție de ansamblul procesului și de principiile proprii de organizare a fiecărei proceduri.”, aceasta deși „... nu poate fi înlăturată nici o eventuală analiză izolată a anumitor aspecte importante ale procedurii, chiar dacă aceasta se află într-o fază anterioară finalizării procesului”¹⁰.

În acest sens, jurisprudența convențională a statuat într-o cauză¹¹ că, este o expresie a suveranității statale modalitatea în care legislația națională înțelege să transpună standardele convenționale de protecție, acestea din urmă fiind unele minimale. Dacă însă Înalta parte contractantă înțelege să se doteze cu un astfel de sistem superior de protecție, acesta trebuie respectat întocmai, având prioritate în fața celui convențional.

Or, echitabilitatea urmăririi penale poate fi analizată doar în cursul procedurii de cameră preliminară, în conformitate cu dispozițiile art. 342 și urm. C. pr. pen., iar

⁷ Deși dispozițiile art. 238 din precedentă reglementare nu prevedeau o procedură de încunoștințarea a suspectului sau inculpatului despre extinderea urmăririi penale sau schimbarea încadrării juridice, aceste inconvenient putea fi îndreptat cu ocazia prezentării materialului de urmărire penală, potrivit dispozițiilor art. 250 și urm. C. pr. pen. 1968.

⁸ Cauza *Malofeyeva c. Rusiei*, din 30 mai 2013, disponibilă la <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁹ Dec. nr. 496/2015, M. Of. nr. 708 din 22 septembrie 2015, par. 30, teza I.

¹⁰ Dec. nr. 496/2015, M. Of. nr. 708 din 22 septembrie 2015, par. 30, teza a II-a.

¹¹ Cauza *Mihuță c. României*, publicată în M. Of. nr. 47 din 21 ianuarie 2010.

remediul pus la dispoziție pentru aceasta, constă exclusiv în sancționarea actelor ce au produs inechitatea, conform dispozițiilor art. 280-282.

Cu toate acestea, potrivit dispozițiilor art. 280 alin. (1) C. pr. pen., atrage incidența acestei sancțiuni procedurale, doar nerespectarea dispozițiilor legale care reglementează desfășurarea procesului penal. Cum dispozițiile art. 311 alin. (3) prevăd expres că suspectul nu este informat despre schimbarea încadrării juridice dispusă în cursul urmăririi penale, nu există o dispoziție legală care să fie încălcată de către organul judiciar în această situație, încălcare care să poată fi sancționată ulterior cu nulitatea,

Cum jurisprudența convențională face corp comun cu norma convențională interpretată, iar aceasta din urmă are aplicabilitate directă în dreptul intern în virtutea dispozițiilor art. 20 alin. (2) din Constituție, considerăm că standardul de protecție conferit de dispozițiile art. 6 par. 3 lit. a) din Convenția EDO este superior celui garantat de dispozițiile art. 311 alin. (3) C. pr. pen. și ca atare are întâietate la aplicare. Aplicabilitatea directă a standardului convențional, ar fi așadar un prim remediu al inechității arătate.

Un alt remediu ar fi acela al extragerii viciului de neconstituționalitate, prin pronunțarea unei decizii interpretative care să contureze norma precitată, în sensul că aceasta este neconstituțională în ipoteza în care suspectul trebuie informat doar despre extinderea urmăririi penale, nu și despre schimbarea încadrării juridice a faptei ce-i este imputată¹².

Bineînțeles, dezirabil ar fi cel de-al treilea remediu, și anume modificarea pe cale legislativă a textului cuprins în art. 311 alin. (3), prin completarea acestuia cu sintagma „...sau schimbarea încadrării juridice”.

Mai mult, apreciem că o intervenție pe cale legislativă este cu atât mai necesară cu cât, din analiza celor cinci alineate cuprinse în art. 311, rezultă că schimbarea încadrării juridice nu se poate dispune față de inculpat, ci exclusiv față de suspect.

Elocvent în acest sens este alin. (5), care consacră posibilitatea procurorului exclusiv de a *extinde* acțiunea penală cu privire la aspectele noi descoperite, nu și pe cea a schimbării încadrării juridice după punerea în mișcare a acesteia. Mai mult, nu există vreun alt text care să reglementeze această posibilitate, ceea ce ar face un astfel demers, nelegal.

Reglementarea actuală, defectuoasă, a informării despre acuzația penală, în situația schimbării încadrării juridice în cursul urmăririi penale, prezintă o majoră fractură de logică juridică, ce poate da naștere unor ipoteze absurde, în sensul că acuzatul poate fi trimis în judecată pentru o cu totul altă faptă decât cea pentru care a fost informat și pentru care și-a pregătit apărarea, fără a putea obține o remediere a acestei vădite inechități.

Spre exemplu, s-a hotărât într-o speță¹³ că, neaducerea la cunoștință în cursul urmăririi penale a schimbării încadrării juridice „...nu constituie o încălcare a normelor procesual penale în vigoare, în cazul concret neexistând obligația audierii sau aducerii

¹² O asemenea excepție de neconstituționalitate face obiectul dosarului 573D/2016 aflat pe rolul CCR, cu termen de pronunțare la 21 februarie 2017.

¹³ TMB, S. I pen., înch. de ședință din 22 ianuarie 2016, dosar 40453/3/2015/a1, nepublicată.

la cunoștință a noii încadrări.” Ca atare, nu este incidentă tocmai premisa intervenției nulității, fapt pentru care o astfel de conduită din partea acuzării, nu poate fi cenzurată în procedura de cameră preliminară.

În concluzie, considerăm că dispoziția cuprinsă în art. 311 alin. (3) C. pr. pen. prezintă pronunțate valențe de neconstituționalitate și neconvenționalitate, întrucât lipsește dreptul la apărare al acuzatului de una dintre garanțiile sale fundamentale, și anume informarea despre acuzația penală.

COOPERAREA JUDICIARĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN MATERIE PENALĂ ÎN LUMINA JURISPRUDENȚEI RECENTE A CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE

Daniela DEDIU*

Abstract:

This paper focuses on the recent case-law of the Court of Justice of the European Union (CJUE) concerning judicial cooperation in criminal affairs. It is structured in five parts: the first part briefly presents the importance of the mutual recognition principle in judicial cooperation; the second part analyzes the prohibition of inhuman or degrading treatment in the context of execution of a European Arrest Warrant; the third part examines the concepts of “judicial decision” and “issuing judicial authority”; the fourth part deals with the issues related to the law governing the enforcement of a foreign sentence. In the fifth part, the paper concludes that the CJUE case-law has made a remarkable contribution on development of judicial cooperation in criminal matters between the European Union Member States.

Keywords: *Court of Justice of the European Union, judicial cooperation in criminal matters, mutual recognition principle, fundamental rights*

Considerații generale

În decembrie 1977, cu prilejul Consiliului European de la Bruxelles, Valéry Giscard d’Estaing arăta următoarele „Construcția Europei ar trebui să se îmbogățească cu un concept nou, acela de spațiu judiciar. Sugerez deci că, prin adoptarea unei convenții privind extrădarea automată pentru infracțiunile cu adevărat grave, asociată cu garanții adecvate, cei Nouă vor pune bazele unui spațiu judiciar unic”¹.

Această idee a președintelui Franței, deși inițial privită și primită cu rezerve de celelalte, la acel moment, opt state membre, reprezintă punctul de plecare a ceea ce astăzi este cunoscut ca fiind „spațiul judiciar european” și, surprinzător, atât prin prisma evoluției ulterioare a conceptului, dar și prin manifestările lui concrete, are, iată, ca imbold o componentă din sfera dreptului penal, mai concret o formă de cooperare judiciară în materie penală – extrădarea.

În mod tradițional, cooperarea judiciară în materie penală se bazează pe „principiul solicitării”² a cărui esență constă în aceea că orice formă de cooperare începe cu o „cerere” din partea unui stat (stat solicitant) către un alt stat (stat solicitat), acesta din urmă având posibilitatea să decidă dacă da sau nu curs solicitării. Însă, odată cu lucrările Consiliului de la Tampere (1999), paradigma cooperării judiciare în materie penală³ între

* Doctorand – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, Procuror – Parchetul de pe lângă Judecătoria Sector 1 București; e-mail: dannyelle_dediu@yahoo.com.

¹ Barbe E., *L’espace judiciaire européen*, La documentation française, Paris, 2007, p. 9.

² Ouwerkerk, J. W., *Quid Pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011, p. 46.

³ În prezent, sediul materiei pentru cooperarea judiciară în materie penală în Uniunea Europeană se regăsește în Titlul V art. 82-86 din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene.

statele membre ale Uniunii Europene a fost schimbată, iar locul tradiționalului principiu al solicitării a fost luat de principiul „recunoașterii reciproce” destinat să devină „piatra de temelie a cooperării judiciare în materie penală”⁴.

În esență, principiul recunoașterii reciproce înseamnă că o decizie judiciară emisă de o autoritate judiciară a unui stat membru al Uniunii Europene este recunoscută și/sau executată de un alt stat membru, având aceeași valoare ca o hotărâre emisă chiar de acesta din urmă.

În era post-Lisabona, numărul cauzelor în care Curtea de Justiție a Uniunii Europene (în continuare – „CJUE”) a fost chemată să interpreteze instrumentele legislative din domeniul cooperării judiciare în materie penală a crescut exponențial. Explicația derivă din faptul că, după adoptarea Tratatului de reformă⁵, tuturor instanțelor naționale le-a fost oferită competența de a sesiza Curtea de la Luxemburg, precum și puterile depline recunoscute acestora în domeniul cooperării judiciare în materie penală⁶.

În acest sens, CJUE a fost investită să se pronunțe, în special, cu privire la balanța între principiul recunoașterii și încrederii reciproce care guvernează cooperarea judiciară în materie penală între statele membre, pe de o parte, și drepturile fundamentale ale individului, pe de altă parte. În hotărârile mai vechi⁷, Curtea a apărut principiul recunoașterii reciproce, fie dându-i credit în defavoarea unei analize mai adânci asupra acestei fine balanțe, fie evitând în mod subtil să se pronunțe.

În schimb, în cele mai recente hotărâri, răspunzând trimerilor preliminare ale instanțelor naționale, Curtea de la Luxemburg a dat interpretări noi, printre altele, regulilor care privesc recunoașterea reciprocă așa cum este prevăzută de diferitele Decizii-cadru⁸. Astfel, CJUE a început să joace un rol din ce în ce mai important în dezvoltarea acestui principiu în domeniul cooperării judiciare în materie penală, direcționând modalitatea în care instanțele naționale trebuie să aplice legislația Uniunii în acest domeniu.

Dintre hotărârile pronunțate chiar în anul 2016, se desprind câteva extrem de importante pentru viitorul cooperării judiciare în spațiul european, care marchează deopotrivă sistemele judiciare din toate statele membre.

1. Refuzul executării unui mandat european de arestare în condițiile constatării încălcării drepturilor fundamentale în statul de emiter

În 5 aprilie 2016, CJUE s-a pronunțat într-una dintre cele mai controversate chestiuni legate de mandatul european de arestare: dacă predarea în vederea efectuării urmăririi penale sau a executării pedepsei poate fi refuzată de autoritatea de executare dacă există indicii serioase în privința încălcării drepturilor fundamentale a persoanei

⁴ Consiliul de la Tampere, Finlanda, 15-16 octombrie 1999. Programul de măsuri adoptate cu acest prilej a fost publicat în JOCE nr. C 12 E din 15 ianuarie 2010.

⁵ Publicat în JOUE nr. C 306 din 17 decembrie 2007.

⁶ A se vedea: Radu, F.-R., *Drept european și internațional penal*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 215; Barbe, E., *op. cit.*, p. 27.

⁷ De exemplu, hotărârile *Radu*, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39 și *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

⁸ Deciziile-cadru erau acte specifice fostului Pilon al III-lea, obligatorii pentru state și fără efect direct. A se vedea: Fuerea, A., *Dreptul Uniunii Europene – principii, acțiuni, libertăți*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 50; Radu, F.-R., *op. cit.*, p. 17; Barbe, E., *op. cit.*, p. 28.

solicitate, îndeosebi interdicția tratamentelor inumane sau degradante în statul de executare? În acest scop, CJUE a fost sesizată cu două trimiteri preliminare aproape identice de către Curtea Supremă Regională din Bremen (*Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen*) în două cauze privind un cetățean ungur (*Aranyosi*, C-404/15) și unul de naționalitate română (*Căldăraru*, C-659/15 PPU) în legătură cu interpretarea art. 1 alin. (3) din Decizia-cadru 2002/584/JAI a Consiliului din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre⁹ (în continuare – „Decizia-cadru”). Cele două cauze au fost conexe în vederea pronunțării hotărârii¹⁰.

Ambele persoane solicitate au invocat faptul că în Ungaria și România (statele de emitere a mandatelor europene de arestare) există riscul să fie supuse unor tratamente inumane sau degradante, motivat de faptul că față de cele două state Curtea Europeană a Drepturilor Omului a pronunțat hotărâri prin care a constatat încălcarea art. 3 din CEDO, în condițiile unei suprapopulări existente în sistemele penitenciare ale celor două state.

În hotărâri anterioare, remarcăm faptul că poziția CJUE a fost una impenetrabilă, soluția sa de principiu excluzând toate încercările de a submina autoritatea dreptului Uniunii. Decizia-cadru, bazată pe principiul recunoașterii și încrederii reciproce stabilește motive facultative și obligatorii¹¹ limitate de refuz al executării mandatului european de arestare, astfel că, dacă erau îndeplinite condițiile formale de emitere, Curtea a afirmat că autoritatea de executare nu poate refuza predarea persoanei solicitate. Acest principiu a fost aplicat și în materia protecției drepturilor fundamentale, Curtea considerând că un nivel de protecție mai puțin ridicat a drepturilor fundamentale în statul de emitere nu poate reprezenta un motiv de neexecutare a unui mandat european de arestare¹².

Dar, iată, că în cauzele reunite *Aranyosi și Căldăraru*, judecătorii de la Luxemburg au decis că executarea unui mandat european de arestare trebuie amânată dacă există un risc real ca persoana solicitată să fie supusă unor tratamente inumane sau degradante din cauza condițiilor de detenție în statul de emitere.

Analiza Curții s-a axat inițial pe a arăta caracterul esențial al principiului recunoașterii și încrederii reciproce pentru cooperarea judiciară în materie penală în spațiul de libertate, securitate și justiție al Uniunii Europene. Principiul recunoașterii reciproce obligă statele membre să execute un mandat european de arestare, motivele de refuz obligatorii sau facultative fiind expres prevăzute în art. 3 și 4 ale Deciziei-cadru¹³.

Curtea a subliniat importanța art. 1 alin. (3) din Decizia-cadru și obligația statelor membre de a respecta drepturile fundamentale prevăzute de Carta Drepturilor

⁹ Publicată în JOCE nr. L 190 din 18 iulie 2002. În dreptul român, Decizia-cadru a fost transpusă în Titlul III al Legii nr. 302 din 28 iunie 2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, republicată în M. Of. nr. 377 din 31 mai 2011.

¹⁰ CJUE, C-404/15 și C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi și Robert Căldăraru*, Hotărârea din 5 aprilie 2016, ECLI:EU:C:2016:198.

¹¹ În art. 3, sunt prevăzute motivele de neexecutare obligatorii ale mandatului european de arestare, iar în art. 4, cele facultative.

¹² A se vede în acest sens hotărârile *Radu*, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39 și *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

¹³ CJUE, C-404/15 și C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi și Robert Căldăraru*, op. cit., par. 75-79.

Fundamentale a Uniunii Europene¹⁴, incluzând și respectarea art. 4 din Cartă care prevede interdicția absolută a tratamentelor inumane sau degradante¹⁵.

În demersul său, CJUE introduce un test în două etape¹⁶ pe care autoritatea de executare trebuie să îl efectueze în situația în care se află în posesia unor probe a unui real risc cu privire la tratamentele inumane sau degradante în statul de emitere a mandatului european de arestare. Într-o primă etapă, autoritatea judiciară de executare trebuie „să se întemeieze pe elemente obiective, fiabile, precise și actualizate în mod corespunzător cu privire la condițiile de detenție care prevalează în statul membru emitent și care dovedesc realitatea unor deficiențe fie sistemice sau generalizate, fie afectând anumite grupuri de persoane ori chiar anumite centre de detenție”¹⁷. În acest sens, pot fi folosite mai multe surse, cum ar fi hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului, decizii judiciare ale statului membru emitent, decizii, rapoarte, alte documente întocmite de organele Consiliului Europei sau care fac parte din sistemul Organizației Națiunilor Unite.

Totuși, aceste elemente nu sunt suficiente să dovedească încălcarea generalizată și sistematică a drepturilor fundamentale în statul membru de emitere și nu poate conduce, în sine, la refuzul executării unui mandat european de arestare. În acest sens, într-o a doua etapă¹⁸, statul de executare trebuie să aprecieze, în mod concret și precis, dacă există motive serioase și temeinice de a crede că persoana în cauză se va confrunta cu acest risc ca urmare a condițiilor detenției sale avute în vedere în statul membru emitent¹⁹. În acest scop, autoritatea amintită trebuie să solicite autorității judiciare emitente, furnizarea de urgență a oricărei informații suplimentare necesare pentru stabilirea condițiilor în care urmează să fie deținută persoana în cauză în respectivul stat membru.

După această analiză, dacă autoritatea de executare constată că există un risc real de tratamente inumane sau degradante pentru persoana solicitată, executarea mandatului trebuie amânată până în momentul în care autoritatea emitentă oferă informații suplimentare din care rezultă înlăturarea unui asemenea risc²⁰.

În această perioadă, persoana solicitată poate fi ținută în arest preventiv dacă sunt îndeplinite exigențele cu privire la durata rezonabilă și proporționalitatea măsurii sau se pot lua măsuri alternative care să permită ulterior executarea mandatului²¹.

Însă, dacă autoritatea de executare constată că existența riscului nu poate fi înlăturată într-un termen rezonabil, aceasta va decide dacă este cazul să se pună capăt procedurii de predare.

Cum va afecta hotărârea din cauza *Aranyosi și Căldăraru* sistemul mandatului european de arestare și limitele principiului recunoașterii reciproce?

¹⁴ Publicată în JOUE nr. C 326/391 din 26 octombrie 2012.

¹⁵ CJUE, C-404/15 și C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi și Robert Căldăraru*, op. cit., par. 82-87.

¹⁶ Gáspár-Szilágyi, S., *Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, în *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 24 (2016), p. 207.

¹⁷ CJUE, C-404/15 și C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi și Robert Căldăraru*, op. cit., par. 89.

¹⁸ Gáspár-Szilágyi, S., op. cit., p. 207.

¹⁹ CJUE, C-404/15 și C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi și Robert Căldăraru*, op. cit., par. 92.

²⁰ *Ibidem*, par. 95-97.

²¹ *Ibidem*, par. 100-101.

Se constată că hotărârea Curții nu introduce un nou motiv de refuz al executării unui mandat european de arestare în afară de cele strict prevăzute în Decizia-cadru, ci optează pentru un motiv de amânare a executării acestuia, timp în care recomandă schimbul de informații între cele două autorități judiciare.

Pentru autoritatea judiciară română emitentă²², în concret, misiunea va fi una foarte dificilă în situația în care îi vor fi cerute informații suplimentare din care să rezulte că persoana solicitată nu este într-un real risc de supunere la tratamente inumane sau degradante pe perioada detenției. Este evident că autoritatea de emitere nu dispune de astfel de informații și că ea va trebuie să apeleze la sprijinul autorității centrale (Ministerul Justiției), aspect care poate genera o breșă în sistemul mandatului european de arestare, fiind știu că cea mai importantă caracteristică a acestuia, spre deosebire de extrădare, este faptul că este o procedură eminamente judiciară, lipsindu-i total implicarea autorității executive.

De asemenea, un alt aspect esențial îl vizează garanțiile concrete pe care autoritatea de executare le poate oferi din care să rezulte că persoana solicitată, ulterior predată, nu va fi supusă unor tratamente inumane sau degradante, cum ar fi o „detenție personalizată” în vederea respectării cerințelor minime în astfel de cazuri, ceea ce poate, în fapt, crea o discriminare în raport cu celelalte persoane deținute.

Cel mai probabil, viitorul foarte apropiat ne va obliga să facem față noii paradigme instituite de CJUE prin cauza *Aranyosi și Căldăraru*, din acest motiv fiind necesară o analiză mai aprofundată a acestei noi opțiuni.

2. Noțiunile de „decizie judiciară” și „autoritate judiciară emitentă” a unui mandat european de arestare

În data de 10 noiembrie 2016, CJUE a pronunțat trei hotărâri prin care a interpretat noțiunile de „decizie judiciară” și „autoritate judiciară” prin prisma art. 1 alin. (1), art. 6 alin. (1) și art. 8 alin. (1) lit. c) din Decizia-cadru 2002/584/JAI a Consiliului din 13 iunie 2002 privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre. În toate cele trei cazuri, instanța de trimitere a fost Tribunalul din Amsterdam (*Rechtbank Amsterdam*), Olanda, care a pus la îndoială practica unor state membre cu privire la desemnarea autorității judiciare competente să emită un mandat european de arestare.

Art. 6 alin. (1) din Decizia-cadru prevede că „autoritatea judiciară emitentă este autoritatea judiciară a statului membru emitent care este competentă să emită un mandat european de arestare, în conformitate cu dreptul acestui stat”, fără, însă a defini noțiunea de „autoritate judiciară”.

În acest context, în toate cele trei cauze, Curtea de la Luxemburg a fost chemată să decidă dacă noțiunea de „autoritate judiciară” emitentă a unui mandat european de arestare trebuie interpretată ca fiind o noțiune autonomă a dreptului Uniunii Europene și care sunt criteriile pe baza cărora se poate determina dacă autoritatea emitentă a unui mandat european de arestare poate fi considerată o „autoritate judiciară” și dacă, în

²² Potrivit art. 88 alin. (3) din Legea nr. 302/2004, emiterea mandatului european de arestare se face de către judecătorul de drepturi și libertăți în faza de urmărire penală, respectiv de către judecătorul desemnat de președintele instanței, în faza de judecată sau în faza de executare.

consecință, acest mandat european de arestare constituie o „decizie judiciară” în sensul art. 1 alin. (1) din Decizia-cadru²³.

În cauza *Poltorak*, C-452/16 PPU²⁴, instanța de trimitere a exprimat îndoieli cu privire la aspectul dacă mandatul european de arestare emis de un serviciu de poliție, precum Direcția Generală a Poliției Suedeze, poate fi considerat emis de o „autoritate judiciară” în sensul art. 6 alin. (1) din Decizia-cadru și dacă, în consecință, acest mandat european de arestare constituie o „decizie judiciară” în sensul art. 1 alin. (1) din Decizia-cadru.

În remarcile sale preliminare, Curtea a reiterat că scopul Deciziei-cadru este acela de a înlocui vechiul sistem multilateral de extrădare cu un sistem simplificat și mai eficace de predare a persoanelor condamnate sau bănuite de comiterea unor infracțiuni, bazat pe principiul recunoașterii reciproce care constituie piatra de temelie a cooperării în interiorul Uniunii. Ca și consecință, refuzul executării unui mandat european de arestare emis de o „autoritate judiciară” a unui stat membru către un alt stat al Uniunii este posibil numai în cazurile enumerate exhaustiv de Decizia-cadru. Cu toate acestea, CJUE a statuat că numai un mandat de arestare emis de o autoritate judiciară prezintă suficiente garanții pentru a putea fi executat²⁵.

În aceste condiții, Curtea a clarificat faptul că noțiunea de „autoritate judiciară” necesită, în întreaga Uniune, o interpretare autonomă și uniformă, care, trebuie stabilită ținând seama în același timp de termenii acestei dispoziții, de contextul în care se înscrie, precum și de obiectivul urmărit de Decizia-cadru²⁶.

În opinia Curții, termenii „autoritate judiciară”, nu se limitează la a desemna numai judecătorii sau instanțele unui stat membru, ci permit să fie acoperite, mai larg, autoritățile chemate să participe la administrarea justiției în ordinea juridică în cauză²⁷.

Cu toate acestea, Curtea a considerat că un serviciu de poliție – în cauza analizată Direcția de Poliție Suedeză – nu intră în sfera acestei noțiuni, astfel încât mandatul european de arestare emis de astfel de servicii nu poate fi considerat o „decizie judiciară”, în sensul art. 1 alin. (1) din Decizia-cadru. Curtea a opinat că emiterea unui mandat european de arestare de către o autoritate nejudiciară, precum un serviciu de poliție, nu permite ca autorității judiciare de executare să i se ofere garanția că emiterea acestuia a beneficiat de un astfel de control judiciar și nu poate, în consecință, să fie suficientă pentru a justifica gradul ridicat de încredere între statele membre, care constituie temeiul însuși al Deciziei-cadru, fiind irelevante organizarea specifică a serviciilor de poliție în cadrul puterii executive și eventualul grad de autonomie de care beneficiază²⁸.

²³ Potrivit art. 1 alin. (1) din Decizia-cadru 2002/584/JAI, „mandatul european de arestare este o decizie judiciară emisă de un stat membru în vederea arestării și a predării de către un alt stat membru a unei persoane căutate, pentru efectuarea urmăririi penale sau în scopul executării unei pedepse sau a unei măsuri de siguranță privative de libertate”.

²⁴ CJUE, C-452/16 PPU, *Krzysztof Marek Poltorak*, Hotărârea din 10 noiembrie 2016, ECLI:EU:C:2016:858.

²⁵ *Ibidem*, par. 27-28.

²⁶ *Ibidem*, par. 32.

²⁷ *Ibidem*, par. 33.

²⁸ *Ibidem*, par. 45.

Într-un al doilea caz, respectiv cauza *Kovalkovas*, C-477 PPU²⁹, mandatul european de arestare a fost emis de către Ministerul Justiției din Lituania în scopul executării unui rest de pedeapsă pronunțată printr-o hotărâre judecătorească. Conform legii lituaniene, decizia cu privire la emiterea unui mandat european de arestare este luată de Ministerul Justiției, care decide, în principal, dacă sunt îndeplinite condițiile necesare emiterii și cu privire la proporționalitatea măsurii.

În atari condiții, instanța de trimitere a solicitat CJUE să stabilească dacă art. 6 alin. (1) trebuie interpretat în sensul că un organ al puterii executive, precum Ministerul Justiției din Lituania, intră în sfera noțiunii „autoritate judiciară emitentă”, în sensul acestei dispoziții, astfel încât mandatul european de arestare emis de acesta în scopul executării unei hotărâri prin care a fost pronunțată o pedeapsă privativă de libertate poate fi considerat o „decizie judiciară”.

Urmând principiile deja dezvoltate în cauza *Poltorak*, Curtea a decis că ministerele sau alte organisme guvernamentale, care fac parte din puterea executivă, nu pot fi considerate „autorități judiciare” în înțelesul Deciziei-cadru. În acest context, Curtea arată că art. 7 din Decizia-cadru autorizează statele membre, sub rezerva condițiilor prevăzute de această dispoziție, în cazul în care se dovedește necesar din motive de organizare a sistemelor lor judiciare, să recurgă la o autoritate nejudiciară, mai precis o autoritate centrală, în ceea ce privește transmiterea și primirea mandatelor europene de arestare, însă, deși un minister al unui stat membru este susceptibil să intre în sfera noțiunii „autoritate centrală”, în sensul acestui art. 7, intervenția unei astfel de autorități centrale rămâne limitată la asistența practică și administrativă acordată autorităților judiciare competente. Astfel, posibilitatea oferită la art. 7 din Decizia-cadru nu poate fi extinsă până la a permite statelor membre să înlocuiască cu această autoritate centrală autoritățile judiciare competente în ceea ce privește decizia de a emite mandatul european de arestare³⁰.

În mod similar, în cauza *Özçelik*, C-453/16³¹, aceeași instanță de trimitere a solicitat, în esență să se stabilească dacă art. 8 alin. (1) lit. c) din Decizia-cadru trebuie interpretat în sensul că o validare de către Ministerul Public a unui mandat de arestare național emis în prealabil, în scopul urmăririi penale, de către un serviciu de poliție constituie o „decizie judiciară”.

În prezenta cauză în care se efectua urmărirea penală față de un cetățean turc în Ungaria, mandatul european de arestare fusese emis de Departamentul Ungar de Poliție și validat de o decizie a procurorului.

Curtea a clarificat faptul că noțiunea „mandat de arestare” care figurează la art. 8 alin. (1) lit. c) din Decizia-cadru vizează doar mandatul de arestare național³², acesta trebuind să fie înțeles ca desemnând o decizie judiciară distinctă de mandatul european de arestare³³.

²⁹ CJUE, C-477/16 PPU, *Ruslanas Kovalkovas*, Hotărârea din 10 noiembrie 2016, ECLI:EU:C:2016:861.

³⁰ *Ibidem*, par. 38-40.

³¹ CJUE, C-452/16 PPU, *Halil Ibrahim Özçelik*, Hotărârea din 10 noiembrie 2016, ECLI:EU:C:2016:860.

³² În sensul că pentru emiterea unui mandat european de arestare este necesară emiterea anterioară a unui mandat de arestare național, a se vedea și CJUE, C-241/15, *Niculaie Aurel Bob-Dogi*, Hotărârea din 1 iunie 2016, ECLI:EU:C:2016:385.

³³ CJUE, C-452/16 PPU, *Halil Ibrahim Özçelik*, par. 27.

Prin urmare, pentru a da răspuns la întrebarea dacă o decizie a procurorului care validează un mandat european de arestare emis de autoritățile naționale se înscrie în termenul de „decizie judiciară”, CJUE s-a ghidat de aceleași principii ca cele expuse în hotărârile *Poltorak* și *Kovalkovas* cu privire la interpretarea noțiunii de autoritate judiciară emitentă.

În lumina acestor constatări, CJUE a statuat că Ministerul Public este o autoritate chemată să participe la administrarea justiției penale a unui stat membru, astfel că decizia unei astfel de autorități trebuie să fie considerată o „decizie judiciară”, în sensul art. 8 alin. (1) lit. c) din Decizia-cadru³⁴.

Urmare celor trei hotărâri, mandatele europene de arestare deja emise în condițiile arătate, și neexecutate încă ar trebui retrase de autoritatea emitentă, iar, în caz contrar nu vor fi executate de autoritățile de executare române, ele neîntrunind condiția de a reprezenta o decizie judiciară.

În ceea ce privește instanțele naționale române ca autorități de executare care au dat curs unor proceduri de predare pentru mandate emise de autorități ce nu îndeplinesc cerințele impuse astfel de CJUE pentru a se încadra într-o autoritate judiciară, considerăm că o eventuală răspundere pentru executarea acestora revine exclusiv statului emitent, în temeiul principiului recunoașterii reciproce.

3. Legea care guvernează executarea unei hotărâri pronunțate de o instanță străină

În data de 8 noiembrie 2016, CJUE a răspuns unei trimeri preliminare privind interpretarea noțiunii de lege care guvernează executarea în temeiul Deciziei-cadru 2008/909/JAI a Consiliului din 27 noiembrie 2008 privind aplicarea principiului recunoașterii reciproce în cazul hotărârilor judecătorești în materie penală care impun pedepse sau măsuri privative de libertate în scopul executării lor în Uniunea Europeană³⁵ (denumită în continuare „Decizia-cadru 2008/909”). În cauza de față (*Ognyanov*, C-554/14³⁶), un cetățean bulgar a fost condamnat în Danemarca la o pedeapsă de 15 ani de închisoare pentru omor și furt calificat. După ce a executat o parte din pedeapsă, lucrând în cursul detenției, acesta a fost transferat în Bulgaria în vederea executării restului de pedeapsă, în baza Deciziei-cadru 2008/909.

În întrebarea adresată Curții, instanța bulgară a ridicat problema dacă, pentru a stabili durata pedepsei pe care domnul Ognyanov o mai are de executat, trebuie să țină seama de perioada în care acesta a lucrat într-o închisoare daneză, în condițiile în care legea daneză nu permite nicio reducere a pedepsei în temeiul muncii prestate pe perioada detenției, în timp ce legea bulgară ține cont de munca prestată în închisoare în scopul reducerii duratei pedepsei³⁷.

Potrivit Curții, înainte de recunoașterea hotărârii de condamnare de către statul de executare și transferarea persoanei condamnate în acest din urmă stat, revine statului

³⁴ *Ibidem*, par. 38.

³⁵ Publicată în JOUE nr. L 327/27 din 5 decembrie 2008. În dreptul român, Decizia-cadru a fost transpusă în Titlul VI al Legii nr. 302 din 28 iunie 2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, republicată în M. Of. nr. 377 din 31 mai 2011.

³⁶ CJUE, C-554/14 PPU, *Atanas Ognyanov*, Hotărârea din 10 noiembrie 2016, ECLI:EU:C:2016:835.

³⁷ *Ibidem*, par. 30.

emitent sarcina de a stabili reducerile de pedeapsă aferente perioadei de detenție executate pe teritoriul său, numai acesta din urmă fiind competent să acorde o reducere de pedeapsă pentru munca prestată înaintea transferării și, dacă este cazul, să indice statului de executare această reducere în certificatul menționat la art. 4 din Decizia-cadru 2008/909. Curtea concluzionează că statul de executare nu poate, în mod retroactiv, să aplice dreptul său privind executarea pedepselor și, în special, reglementarea sa referitoare la reducerile de pedeapsă în locul dreptului statului emitent în ceea ce privește partea din pedeapsă care a fost deja executată de persoana în cauză pe teritoriul acestui din urmă stat³⁸.

Hotărârea CJUE s-a bazat pe raționamentul că, dacă ar fi posibil ca o instanță națională din statul de executare să acorde, în conformitate cu dreptul său național, după ce a recunoscut hotărârea judecătorească de condamnare pronunțată de o instanță din statul emitent și odată ce persoana condamnată a fost transferată autorităților din statul de executare, o reducere de pedeapsă în raport cu partea din pedeapsă deja executată de această persoană pe teritoriul statului emitent, în condițiile în care autoritățile competente din acest din urmă stat nu au acordat, în temeiul dreptului lor național, o astfel de reducere de pedeapsă, acest fapt ar compromite încrederea reciprocă specială a statelor membre în sistemele juridice ale celorlalte state membre. În sens contrar, instanța națională din statul de executare ar aplica în mod retroactiv dreptul său național la partea din pedeapsă executată pe teritoriul aflat sub jurisdicția statului emitent și ar proceda astfel la o reexaminare a perioadei de detenție executate pe teritoriul statului menționat, ceea ce ar fi contrar principiului recunoașterii reciproce³⁹.

Cauza *Ognyanov* consfințește faptul că legea aplicabilă unei hotărâri străine care stabilește reduceri de pedeapsă aferente perioadei de detenție este legea statului emitent care va stabili și indica eventuala reducere în certificatul menționat în art. 4 al Deciziei-cadru 2008/909.

Hotărârea CJUE vine să contrazică jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție în materie. În acest sens, prin Decizia nr. 15/2015 pronunțată de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală⁴⁰, instanța supremă statuase că începerea executării pedepsei pe teritoriul României are ca efect renunțarea statului la executarea pe teritoriul acestuia și, implicit, renunțarea la instituții accesorii acesteia, cum ar fi liberarea condiționată prin luarea în considerare a duratei pedepsei ce poate fi considerată ca executată pe baza muncii prestate.

În acest context, așa cum a reținut CJUE în aceeași hotărâre *Ognyanov*, instanța națională este ținută și ia în considerare ansamblul normelor dreptului național și să le interpreteze în conformitate cu Decizia-cadru 2008/909 pentru a atinge rezultatul vizat de aceasta, lăsând neaplicată dacă este necesar, interpretarea reținută de instanța națională de ultim grad, dacă aceasta nu este compatibilă cu dreptul Uniunii⁴¹.

³⁸ *Ibidem*, par. 44.

³⁹ *Ibidem*, par. 48-49.

⁴⁰ ÎCCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, Dec. nr. 15/2015, publicată pe site-ul: www.scj.ro.

⁴¹ CJUE, C-554/14 PPU, *Atanas Ognyanov*, *op. cit.*, par. 71.

4. Concluzii

Principiul recunoașterii reciproce pleacă de la premisa că hotărârile care urmează a fi recunoscute și executate respectă întotdeauna principiul legalității, subsidiarității și proporționalității⁴².

În concret, însă, pe de o parte, apar dificultăți din cauza diversității sistemelor judiciare din statele membre, iar pe de altă parte, în momentul în care Deciziile-cadru au fost implementate la nivel național, transpunerea a fost de multe ori diferită de intenția legiuitorului european ghidat de principiul recunoașterii reciproce.

În acest context, CJUE îndeplinește un rol care nu poate fi nicidecum subestimat. Deși este evident că aceasta consideră principiul recunoașterii reciproce ca fiind extrem de important, dacă nu cel mai important ghidaj pentru interpretarea uniformă și autonomă a instrumentele legale ale Dreptului European, remarcăm totuși că, în ultima perioadă, pletora de hotărâri ale Curții de la Luxemburg⁴³ pun la grea încercare sistemul cooperării judiciare în materie penală între statele membre, iar hotărârile analizate confirmă faptul că recunoașterea și încrederea reciprocă între statele membre nu au caracter absolut.

În virtutea faptului că CJUE este autoritatea cea mai în măsură să interpreteze Dreptul European, jurisprudența sa are consecințe și asupra celor ale instanțelor naționale, de la care trebuie să așteptăm de asemenea să caute să interpreteze uniform legile naționale în conformitate cu dreptul Uniunii și să dea astfel importanța cuvenită principiului recunoașterii reciproce.

⁴² Fabian G., *Drept instituțional comunitar*, ed. a III-a, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2010, p. 421.

⁴³ În afară de hotărârile analizate, trebuie amintite și alte hotărâri recente ale CJUE în materie: C-237/15 PPU, *Lanigan*, C-241/15, *Bod-Dogi*, C-294/16 PPU JZ, C-168/13 PPU, *Jeremy F.*

EVOLUȚIA INSTITUȚIEI CAMEREI PRELIMINARE DE LA ADOPTAREA CODULUI DE PROCEDURĂ PENALĂ PÂNĂ ÎN PREZENT. SCURTĂ PREZENTARE*

Versavia BRUTARU**

Abstract:

In the explanatory memorandum, the Ministry of Justice justified the need for this new institution based on current legal realities and the lack of celerity in criminal trials, the general distrust in the judiciary system by the litigants, the significant human costs the significant costs of a trial by high consumption of time and financial resources. Current procedural system, governed by the Code of Criminal Procedure, subject to frequent legislative intervention led to an inconsistent application and interpretation of the criminal procedure law. Therefore, it appears necessary, according to the Ministry of Justice, to create a suitable framework for the High Court of Cassation and Justice to carry out its role in the interpretation and application of the criminal procedure law. In view of the Ministry of Justice, the main problems the criminal justice system is facing regards the overloading the Courts, the excessive length of proceedings, the undue delay in finalizing cases and cases on procedural grounds. Some of these shortcomings, especially those related to preventive custody, the length of proceedings, establishing the competences and how to make the rules of evidence in criminal matters, were the subject of several cases before the European Court of Human Rights concluded by repeatedly condemnations of Romania by European Court of Human Rights.

Keywords: *preliminary hearing, preliminary chamber, criminal procedure, proofs administration*

În expunerea de motive¹, Ministerul Justiției a justificat necesitatea introducerii acestei noi instituții pornind de la realitățile vieții juridice actuale, și anume lipsa de celeritate în desfășurarea proceselor penale în general, neîncrederea justițiabililor în actul de justiție și costurile sociale și umane semnificative ale procesului penal actual prin consumul ridicat de resurse de timp și financiare.

În viziunea Ministerului, principalele probleme cu care s-a confruntat sistemul judiciar penal erau legate de supraîncărcarea parchetelor și instanțelor, de durata excesivă a procedurilor, de tergiversarea nejustificată a cauzelor și de nefinalizarea dosarelor din motive procedurale.

* Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Dr., Cercetător științific gradul III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; e-mail: bversavia@gmail.com.

¹ Expunere de motive, www.just.ro.

Unele dintre aceste neajunsuri, mai ales cele legate de măsura arestării preventive, de durata procedurilor, de stabilirea competențelor și de modul de efectuare a probatoriului în materie penală au constituit obiectul mai multor cauze la Curtea Europeană a Drepturilor Omului, finalizate prin condamnarea României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului în repetate rânduri.

Însă, actualul sistem procedural reglementat de noul Codul de procedură penală, a fost supus unor frecvente intervenții legislative și constituționale și a condus la o aplicare și interpretare neunitară a legii procesual penale.

Aspecte de neconstituționalitate

Prin **Decizia Curții Constituționale nr. 599 din 21 octombrie 2014** Curtea a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 341 alin. (5) C. pr. pen. și a constatat că soluția legislativă potrivit căreia judecătorul de cameră preliminară se pronunță asupra plângerii „*fără participarea petentului, a procurorului și a intimaților*” este neconstituțională.

Obiectul excepției de neconstituționalitate admise l-a constituit art. 341 alin. (5): „*Judecătorul de cameră preliminară se pronunță asupra plângerii prin încheiere motivată, în camera de consiliu, fără participarea petentului, a procurorului și a intimaților*”.

Procedura instituită de dispozițiile art. 341 alin. (5) C. pr. pen. are în vedere soluția de neurmărire sau netrimitere în judecată dispusă de procuror, soluție care, în urma analizei judecătorului de cameră preliminară, poate fi confirmată sau infirmată.

Curtea a reținut că deși dispozițiile în cauză normează în domeniul unor proceduri penale care nu țin de rezolvarea pe fond a cauzei, dreptul la un proces echitabil trebuie impus, întrucât există posibilitatea ca rezultatul procedurii referitoare la admisibilitatea plângerii să fie decisiv pentru stabilirea unei acuzații în materie penală. În acest context, al stabilirii incidenței dreptului la un proces echitabil în cadrul unei proceduri ce nu ține de rezolvarea pe fond a cauzei, Curtea a putut trece la analiza elementelor componente ale acestui drept, respectiv dacă sunt respectate exigențele de contradictorialitate și oralitate impuse de dispozițiile art. 21 alin. (3) din Constituție, în condițiile în care judecătorul de cameră preliminară se pronunță asupra plângerii prin încheiere motivată, în camera de consiliu, fără participarea petentului, a procurorului și a intimaților, însă prin coroborare cu alte dispoziții ale Codului de procedură penală rezultă că procurorul și părțile pot depune anumite note scrise. În considerentele deciziei se arată că pentru ca părțile vătămate, părțile civile sau chiar părțile responsabile civilmente care au avut de suferit în urma unei fapte presupus penale să aibă plenitudinea exercitării drepturilor lor este necesar ca acestea să uzeze nu numai de o procedură eminentemente scrisă, ci și de contradictorialitate și oralitate, componente esențiale ale dreptului la un proces echitabil. Chiar dacă, în acord cu dispozițiile art. 341 alin. (2) C. pr. pen., procurorul și părțile pot depune note scrise cu privire la admisibilitatea ori temeinicia plângerii, nicio parte nu are posibilitatea de a cunoaște conținutul acestora și de a produce contraargumente. Cu alte cuvinte, în sarcina instanței cade obligația de a efectua o examinare efectivă a motivelor invocate de petent, părți și procuror care trebuie înțeleasă ca o necesitate a examinării

argumentelor decisive pentru soluționarea cauzei. Or, în cazul de față, instanța, examinând numai plângerea și notele scrise ale procurorului și ale părților, nu poate examina un eventual argument decisiv, tocmai pentru că el nu îi poate fi relevant².

Prin **Decizia nr. 641 din 11 noiembrie 2014** Curtea Constituțională a constatat că dispozițiile art. 347 alin. (3) C. pr. pen. raportate la cele ale art. 344 alin. (4), art. 345 alin. (1) și art. 346 alin. (1) din același cod sunt neconstituționale, întrucât aceste norme care reglementează procedura în camera preliminară omit citarea și, respectiv, comunicarea documentelor către toate părțile interesate, încălcând astfel dreptul la proces echitabil.

În motivarea excepției de neconstituționalitate³, autorii acesteia susțin că dispozițiile art. 344 alin. (4) încalcă principiul contradictorialității prin aceea că răspunsul parchetului la cererile și excepțiile formulate de inculpat nu este comunicat acestuia din urmă. Astfel, atât cererile și excepțiile formulate de inculpat, cât și cererile și excepțiile invocate din oficiu de către judecătorul de cameră preliminară sunt aduse la cunoștința parchetului, fără a exista însă obligația instanței de a trimite inculpatului memoriul parchetului sau cererile și excepțiile invocate din oficiu de către instanță.

O altă garanție instituită în considerarea dreptului la un proces echitabil o constituie **egalitatea armelor**, care implică faptul că orice parte a unei proceduri trebuie să aibă posibilitatea de a-și prezenta punctul de vedere în fața unei instanțe în condiții care să nu o dezavantajeze față de celelalte părți sau de acuzare. În condițiile în care, astfel cum s-a arătat, inculpatul nu are acces la memoriul parchetului sau la cererile și excepțiile invocate din oficiu de către instanță și având în vedere că, potrivit art. 345 alin. (3), procurorul are posibilitatea de a remedia neregularitățile actului de sesizare fără ca acestea să fie aduse la cunoștința inculpatului, se aduce atingere egalității de arme în procesul penal. În acest sens se face referire la Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului pronunțată în Cauza *Borgers c. Belgiei*. *Reglementarea procedurii camerei preliminare nu respectă nici principiul administrării echitabile a probelor*. Astfel, legalitatea probelor pe parcursul întregului proces penal se analizează strict într-o procedură scrisă, lipsită de contradictorialitate și lipsită de garantarea egalității armelor. *Neconstituționalitatea acestei reglementări este dată și de faptul că nu se pot administra probe în faza procedurii camerei preliminare, pentru dovedirea nelegalității probelor administrate în faza de urmărire penală*. Altfel spus, inculpatul se află într-o **imposibilitate obiectivă** de a contesta în mod real legalitatea unor probe, atunci când pentru dovedirea nelegalității se impune administrarea unor alte probe, un exemplu elocvent în acest sens reprezentându-l art. 102 alin. (1), potrivit căruia „probele obținute prin tortură, precum și probele derivate din acestea nu pot fi folosite în cadrul procesului penal”. Se apreciază că analiza legalității probelor poate avea chiar caracterul unei dezbateri pe fondul cauzei. A ignora această legătură intrinsecă între legalitatea probelor și soluționarea fondului cauzei îl plasează practic pe inculpat în imposibilitatea de a răsturna prezumția de legalitate a unor probe ce nu pot fi combătute decât prin administrarea unor alte mijloace probatorii. Deși Curtea Europeană a Drepturilor Omului permite ca uneori procedura să fie una scrisă, cerința fundamentală pentru ca dreptul la un proces echitabil să fie respectat într-o asemenea situație este ca cel puțin în fața

² Fica Anca, *Instituția camerei preliminare*, studiu publicat în volumul sesiunii științifice a Institutului de Cercetări Juridice, 2016, www.icj.ro.

³ https://www.ccr.ro/files/products/Decizie_641_2014.pdf.

instanței de fond, procedura să fie una orală. Având în vedere că aspectele care fac obiectul camerei preliminare nu sunt niciodată supuse dezbaterii orale, contradictorii, se ajunge la încălcarea dreptului la un proces echitabil.

Curtea a reținut că dispozițiile menționate anterior trebuie coroborate cu cele ale art. 54 C. pr. pen., care dispun asupra competenței judecătorului de cameră preliminară, în sensul că acesta verifică legalitatea trimiterii în judecată dispuse de procuror; verifică legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor procesuale de către organele de urmărire penală; soluționează plângerile împotriva soluțiilor de neurmărire sau de netrimiteră în judecată; soluționează alte situații expres prevăzute de lege. Totodată, Curtea reține că, potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (1) C. pr. pen., în procesul penal, se exercită următoarele funcții judiciare: funcția de urmărire penală; funcția de dispoziție asupra drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei în faza de urmărire penală; funcția de verificare a legalității trimiterii ori netrimiterii în judecată; funcția de judecată.

Curtea a mai apreciat că prevederile constituționale referitoare la dreptul la un proces echitabil *nu sunt supuse distincțiilor ce se desprind din jurisprudența instanței europene în ceea ce privește aplicarea lor anumitor faze ale procedurilor penale*. În acest sens, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 599 din 21 octombrie 2014, nepublicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, la data pronunțării prezentei decizii, a statuat că soluția legislativă cuprinsă în art. 341 alin. (5) C. pr. pen., potrivit căreia judecătorul de cameră preliminară se pronunță asupra plângerii împotriva soluțiilor de neurmărire sau netrimiteră în judecată „fără participarea petentului, a procurorului și a intimatului” este neconstituțională, încălcând dreptul la un proces echitabil din perspectiva contradictorialității și oralității. Astfel, plecând de la incidența prevederilor art. 21 alin. (3) din Legea fundamentală asupra tuturor litigiilor și având în vedere și dispozițiile art. 20 din Constituție și cele ale art. 53 din Convenție, Curtea a constatat că prevederile art. 6 din Convenție trebuie respectate de legiuitor și atunci când reglementează în domeniul procedurilor penale care nu țin de rezolvarea cauzei pe fond, inclusiv în ceea ce privește procedura desfășurată în camera preliminară. 35. Așa fiind, în ceea ce privește contradictorialitatea, Curtea observă că acest concept este definit în doctrină ca *dreptul fiecărei părți de a participa la prezentarea, argumentarea și dovedirea pretențiilor sau apărărilor sale, precum și dreptul de a discuta și combate susținerile și probele celeilalte părți*. Contradictorialitatea se traduce în aducerea la cunoștința celeilalte părți a argumentelor de fapt și de drept, pe de-o parte, și posibilitatea celeilalte părți de a răspunde acestora, pe de altă parte. Astfel, contradictorialitatea este, în primul rând **posibilitatea reală** de a dezbate în fața judecătorului tot ceea ce este avansat în drept sau în fapt de către adversar și tot ceea ce este prezentat de acesta, probe sau alte documente.

S-a mai reținut de către Curte că, în concepția inițiatorului, proiectul Codului de procedură penală „*înstituie competența judecătorului de cameră preliminară în verificarea conformității probelor administrate în cursul urmăririi penale cu garanțiile de echitate a procedurii*”. Sub acest aspect, legalitatea administrării probelor este strâns și exclusiv legată de asigurarea caracterului echitabil al procesului penal. (...) Așadar, prin conținutul dispozițiilor care reglementează camera preliminară, prin soluțiile care pot fi dispuse, sunt prevăzute criteriile în baza cărora se stabilește dacă procedura în cursul urmăririi penale a avut caracter echitabil pentru a se putea proceda la judecata pe

fond.” Având în vedere aceste aspecte, Curtea constată că procedura desfășurată în camera preliminară este deosebit de importantă, având o influență directă asupra desfășurării și echității procedurii ulterioare, inclusiv asupra procesului propriu-zis.

Curtea apreciază și că inculpatul nu se bucură de posibilitatea reală de a aduce comentarii referitoare la tot ceea ce este avansat în drept sau în fapt de către adversar și la tot ceea ce este prezentat de acesta, fiind limitat doar la a depune cereri și excepții după consultarea rechizitoriului, iar în ceea ce privește partea civilă și partea responsabilă civilmente, Curtea reține că acestea sunt excluse *ab initio* din procedura de cameră preliminară. Reglementând în acest mod, legiuitorul a restrâns în mod absolut posibilitatea părților de a avea cunoștință și de a dezbate excepțiile ridicate din oficiu și susținerile parchetului, plasându-le într-o situație dezavantajoasă față de procuror. Astfel, din perspectiva contradictorialității, ca element definitoriu al egalității de arme și al dreptului la un proces echitabil, instanța constituțională apreciază că norma legală trebuie să permită comunicarea către toate părțile din procesul penal – inculpat, parte civilă, parte responsabilă civilmente – a documentelor care sunt de natură să influențeze decizia judecătorului și să prevadă posibilitatea tuturor acestor părți de a discuta în mod efectiv observațiile depuse instanței.

În ceea ce privește **dreptul la o procedură orală**, Curtea observă că numai în cadrul unor dezbateri desfășurate oral procesul poate fi urmărit efectiv, în succesiunea fazelor sale, de către părți. Totodată, dreptul la o procedură orală conține și dreptul inculpatului, al părții civile și al părții responsabile civilmente de a fi prezente în fața instanței. Acest principiu asigură contactul nemijlocit între judecător și părți, făcând ca expunerea susținerilor formulate de părți să respecte o anumită ordine și facilitând astfel stabilirea corectă a faptelor. Astfel, procedura desfășurată în camera preliminară nu se realizează potrivit unei proceduri orale în care părțile din proces să-și poată expune susținerile, ci pe baza celor depuse în scris de către inculpat și a răspunsului parchetului.

De asemenea, Curtea observă că, din reglementarea instituției camerei preliminare, se desprinde ideea imposibilității pentru judecătorul din această fază de a administra probe pentru a stabili legalitatea probelor administrate în faza de urmărire penală, nebeneficiind de contradictorialitate și oralitate, singura posibilitate pentru acesta fiind constatarea formală a legalității probelor sau necesitatea excluderii unora dintre acestea. Or, astfel cum s-a arătat anterior, organul de urmărire penală strânge și administrează probe atât în favoarea, cât și în defavoarea suspectului sau inculpatului, astfel încât, în situația în care în cauza respectivă sunt mai mulți inculpați, proba care acționează în favoarea unuia poate acționa în defavoarea celui alt. Se apreciază astfel că rezultatul procedurii în camera preliminară referitor la stabilirea legalității administrării probelor și a efectuării actelor procesuale de către organele de urmărire penală are o influență directă asupra desfășurării judecății pe fond, putând să fie decisiv pentru stabilirea vinovăției/nevinovăției inculpatului. Or, reglementând în acest mod procedura camerei preliminare și având în vedere influența pe care această procedură o are asupra fazelor de judecată ulterioare, Curtea constată că legiuitorul a încălcat dreptul părților la un proces echitabil în componenta sa privind contradictorialitatea, oralitatea și egalitatea armelor.

Chiar dacă procedura în camera preliminară nu privește fondul cauzei, principiile invocate de autorii excepției sunt incidente și în această fază procesuală Din reglementarea atribuțiilor pe care funcția exercitată de judecătorul de cameră

preliminară le presupune, Curtea observă că activitatea acestuia nu privește fondul cauzei, actul procesual exercitat de către acesta neantamând și nedispunând, în sens pozitiv sau negativ, cu privire la elementele esențiale ale raportului de conflict: faptă, persoană și vinovăție. Totodată, Curtea constată că judecătorul de cameră preliminară, potrivit art. 342 C. pr. pen., își va exercita atribuțiile după trimiterea în judecată a inculpatului, rechizitoriul constituind actul de sesizare a instanței de judecată. Din această perspectivă, Curtea a apreciat că trebuie stabilit în ce măsură principiile invocate de autorii excepției sunt incidente în această fază procesuală.

În legătură cu această problemă, cea a camerei preliminare, s-a promovat și un recurs în interesul legii⁴, formulat de către Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov, în care s-a arătat că, în practica judiciară națională nu există un punct de vedere unitar cu privire la faptul dacă ședința de judecată prin care este soluționată, în cursul urmăririi penale și în procedura de cameră preliminară, contestația formulată împotriva încheierii judecătorului de drepturi și libertăți și de cameră preliminară privind măsurile preventive are loc în camera de consiliu sau se desfășoară în ședință publică, iar hotărârea pronunțată este decizie sau încheiere.

Într-o primă orientare, minoritară, instanțele au considerat că ședința de judecată prin care este soluționată, în cursul urmăririi penale și în procedura de cameră preliminară, contestația declarată împotriva încheierii judecătorului de drepturi și libertăți și de cameră preliminară privind măsurile preventive are loc în camera de consiliu și hotărârea ce se pronunță este o încheiere. Această opinie se întemeiază pe dispozițiile art. 203 alin. (5) C. pr. pen. care prevăd că în cursul urmăririi penale și al procedurii de cameră preliminară, cererile, propunerile, plângerile și contestațiile privitoare la măsurile preventive se soluționează în camera de consiliu, prin încheiere motivată, care se pronunță în camera de consiliu.

Deși prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 3/2014 pentru luarea unor măsuri de implementare necesare aplicării Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru implementarea altor acte normative a fost introdus art. 425¹ C. pr. pen. prin care a fost reglementată calea de atac a contestației, în această primă opinie s-a considerat că, potrivit alin. (1) al acestui articol, calea de atac a contestației se poate exercita numai atunci când legea o prevede expres, prevederile articolului fiind aplicabile când legea nu prevede altfel. În aceste condiții, art. 203 alin. (5) C. pr. pen. conține dispoziții derogatorii față de cele cuprinse în art. 425¹ alin. (5) și (7) C. pr. pen.

Într-o a doua orientare instanțele au considerat că ședința de judecată prin care este soluționată, în cursul urmăririi penale și în procedură de cameră preliminară, contestația declarată împotriva încheierii judecătorului de drepturi și libertăți și de cameră preliminară privind măsurile preventive are loc în ședință publică, iar hotărârea pronunțată este o decizie⁵.

⁴ RIL Recurs în interesul legii/Dec. ÎCCJ nr. 4 din 29 septembrie 2014 privind interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 203 alin. (5) și art. 425¹ alin. (1) C. pr. pen., publicată în M. Of. nr. 821 din 11 noiembrie 2014.

⁵ Prin Hot. *Bocellari și Rizza c. Italiei* (Dosar nr. 399/02) Hot. – 13 noiembrie 2007 [Secția a 11-a], Curtea Europeană a Drepturilor Omului a hotărât, în unanimitate, că art. 6 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale a fost încălcat în componența privitoare la publicitatea ședinței de judecată. Astfel, Curtea europeană a reținut că, deși „Desfășurarea procedurilor vizând aplicarea măsurilor preventive în camera de consiliu, atât în primă instanță, cât și în apel, este expres prevăzută de

Instanța supremă, în unificarea practicii judiciare prin mecanismul recursului în interesul legii, vizează acele chestiuni de drept ce au primit rezolvări diferite și care influențează situația juridică a părților. Aceste două condiții de admisibilitate a sesizării trebuie întrunite cumulativ, nefiind suficient să se constate numai existența unor chestiuni de drept ce au primit rezolvări diferite. Ultima condiție de admisibilitate rezultă din interpretarea art. 474 alin. (2) și (3) C. pr. pen., potrivit căruia decizia se pronunță numai în interesul legii și nu are efecte asupra hotărârilor judecătorești examinate (atașate sesizării) și nici cu privire la situația părților din acele procese, *per a contrario*, însă produce efecte viitoare și obligatorii asupra hotărârilor judecătorești pronunțate ulterior și cu privire la situația acelor părți.

Natura ședinței în calea de atac, publică ori nepublică, nu influențează garanțiile procesuale aplicabile (contradictorialitatea, prezența inculpatului și a apărătorului acestuia, ascultarea inculpatului, accesul la dosar, comunicarea hotărârii) și prin aceasta nu influențează în nicio măsură soluția pronunțată, respectiv situația juridică a părții, sesizarea fiind inadmisibilă.

Problematica naturii hotărârii pronunțate în calea de atac (încheiere sau decizie) nu produce, de asemenea, niciun fel de consecință asupra situației părților, nu generează nulitatea hotărârii, ci numai consecințe de ordin administrativ reflectate în statistică, sesizarea fiind inadmisibilă.

Existența unei inconsecvențe jurisprudențiale în materia naturii ședinței de judecată sau a naturii hotărârii pronunțate în materia menționată nu poate fi evaluată și tranșată în cadrul recursului în interesul legii. Judecătorul-raportor, prin raportul întocmit în cauză, și-a exprimat punctul de vedere cu privire la fondul problemei de drept deduse judecății și a opinat *în sensul că în cursul urmăririi penale și al procedurii de cameră preliminară contestația împotriva încheierii judecătorului de drepturi și libertăți sau, după caz, a judecătorului de cameră preliminară privitoare la măsurile preventive se soluționează în camera de consiliu, prin încheiere motivată, care se pronunță în camera de consiliu.*

În interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 203 alin. (5) și art. 425¹ alin. (1) C. pr. pen. s-a stabilit că în cursul urmăririi penale și al procedurii de cameră preliminară, contestația împotriva încheierii judecătorului de drepturi și libertăți sau, după caz, a judecătorului de cameră preliminară privitoare la măsurile preventive se soluționează în camera de consiliu, prin încheiere motivată, care se pronunță în camera de consiliu.

Concluzionăm, arătând că instituția camerei preliminare, deși poate necesară în desfășurarea corectă și transparentă a procesului penal are nevoie urgentă de o reformă substanțială, iar reformarea totală a textelor trebuie să aibă în vedere toate deciziile CEDO avute în vedere de Curtea Constituțională în motivarea deciziilor de neconstituționalitate, principiile directe cuprinse acolo, precum și toată jurisprudența și principiile fundamentale pe care este clădit întreg sistemul juridic european.

lege”, [...] Justițiabilii implicați într-o procedură de aplicare a măsurilor preventive trebuie să aibă cel puțin posibilitatea de a solicita o ședință publică în fața camerelor specializate ale tribunalelor și curților de apel. În urma acestei hotărâri de condamnare, Italia a modificat legislația în materie, prin Legea nr. 159/2011 – art. 7 alin. 1 teza a II-a. Astfel, potrivit acestui articol care este cuprins în Capitolul II, intitulat „Măsurile de prevenție aplicate de către autoritatea judecătorească”, „Președintele dispune ca procedura să se desfășoare în ședință publică în cazul în care persoana interesată face o solicitare în acest sens”.

CONSIDERAȚII PRIVIND REVIZUIREA HOTĂRĂRILOR PENALE ÎN CAZUL HOTĂRĂRILOR CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI

*Gabriela-Nicoleta CHIHAI**

Abstract:

The revision of penal decisions is an extraordinary means of retracting a court decision, that usually ends in another adjudication of the case; it is regulated by art. 452 to 465 of the Criminal Procedure Code, one of the express cases mentioned in art. 465 being that of the situation in which the European Court of Human Rights decides that the national courts have violated the Convention of Human Rights while giving a definitive decisions in the case, and the consequences of that violation still have applicability after the decisions of the ECHR.

The present paper wishes to analyze the conditions under which one can ask for the revision of a penal court decision, after the ECHR has pronounced itself a decision with a violation of a basic right, and the procedure that has to be followed, while mentioning the new regulations imposed by the Criminal Procedure Code entered into force at the 1st of February 2014. Also, the paper tries to identify a couple of abnormalities in the new regulation, whilst trying to give some answers to these, such as propositions of new laws, taking into consideration the importance of this extraordinary means of retracting a court decision in the Romanian criminal procedural law.

Keywords: *revision, penal decisions, European Court of Human Rights, rights violations*

Considerații privind Convenția europeană privind drepturile omului, Curtea Europeană a Drepturilor Omului și hotărârile acesteia

La data de 4 noiembrie 1950 s-a semnat la Roma, la Palazzo Barberini, de către treisprezece reprezentanți ai „guvernelor țărilor europene care au aceleași concepții ca și o moștenire comună ce cuprinde tradiția politică, idealurile, libertatea și statul de drept”, Convenția Europeană privind Protecția Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale (Convenția europeană privind drepturile omului), care a intrat în vigoare în septembrie 1953. România a ratificat Convenția prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994¹. Ca urmare, conform art. 11 și 20 din Constituția României, Convenția și protocoalele ei adiționale au devenit parte integrantă a dreptului intern, devenind izvor de drept intern obligatoriu și prioritar, ceea ce, în plan național, are drept consecință imediată aplicarea acestora de către instanțele judecătorești române, iar în plan internațional acceptarea controlului prevăzut de Curtea Europeană a Drepturilor Omului cu privire la hotărârile judecătorești naționale.

La momentul semnării sale, nu s-a imaginat care avea să fie relevanța juridică a Convenției, din perspectiva dezvoltării viitoare a dreptului național a statelor implicate.

* Judecător, Judecătoria Brașov, secția penală; e-mail: gabriela.nicoleta.chihaia@gmail.com

¹ Legea nr. 30 din 18 mai 1994, publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994.

Dacă în primii 25 de ani de existență importanța Convenției a fost mai mult teoretică, activitatea Curții fiind una redusă, în anii următori, ca urmare a confruntării directe cu încălcarea sistematică, pe scară largă, a celor mai elementare drepturi ale omului, statele europene și-au dat seama că protecția eficientă a drepturilor omului nu putea fi încredințată doar autorităților naționale, fiind nevoie de înființarea unui mecanism internațional de control, de supraveghere, cetățenii putându-se adresa unui tribunal internațional cu plângeri referitoare la încălcări ale drepturilor omului, îndreptate contra propriilor state.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a fost înființată în anul 1959, ca un organ jurisdicțional, independent și permanent, cu ajutorul căreia se asigură protecția drepturilor și libertăților fundamentale. Aceasta își are sediul la Strasbourg și are în compunere un număr de judecători egal cu numărul statelor membre, care sunt desemnați de comun acord de către guvernele statelor membre, iar la fiecare trei ani are loc o înlocuire parțială. Judecătorii sunt aleși pentru o perioadă de 6 ani (fiind reeligibili) de către Adunarea parlamentară a Consiliului Europei, cu majoritate de voturi și se bucură de independență, imparțialitate și imunitate. Aceștia nu pot exercita vreo funcție politică sau administrativă sau o activitate profesională, cu excepția funcțiilor didactice ori a cercetărilor științifice juridice. Este necesar să posede o recunoscută competență juridică și să se bucure de o înaltă reputație morală.

Curtea nu are ca sarcină, atunci când este chemată să exercite controlul aplicării unui articol din Convenție de către organismele naționale, să se substituie acestora, ci doar să verifice, prin prisma dispozițiilor cuprinse în Convenția europeană a drepturilor omului, dacă dispozițiile autorităților interne au fost adoptate cu respectarea marjei de apreciere ce le este recunoscută. Pentru aceasta, Curtea trebuie să aprecieze ingerința litigioasă în ansamblul cauzei, pentru a determina dacă motivele invocate de autoritățile naționale pentru a o justifica apar ca „pertinente și suficiente”, necesare într-o societate democratică.

Potrivit literaturii de specialitate², Curtea acționează ca o *Curte administrativă*, pentru că are scopul de a proteja subiectele de drept, statele membre, cât și persoanele, ca o *Curte constituțională*, întrucât garantează ca legea să fie respectată, exercitându-și controlul de legalitate, dar și ca o *Curte internațională* deoarece are competența de reglementare a litigiilor dintre Comisie și statele membre sau dintre statele membre ori în cazul încălcării oricărui diferend între statele membre privitor la încălcarea obligațiilor ce le revin în temeiul tratatelor.

Soluționarea litigiului dedus judecății Curții are ca rezultat adoptarea unei hotărâri motivate, adoptată cu votul majorității judecătorilor prezenți și are autoritate de lucru judecat relativă și care nu operează *erga omnes*, fiind nesusceptibilă de contestații sau modificări. Hotărârea nu obligă decât părțile din litigiu și doar pentru cazul soluționat. De asemenea, nu are caracter executoriu pe teritoriul statelor condamnate, executarea lor depinzând de aceste țări. Curtea statuează doar asupra aplicării corecte a normei interne, statul fiind obligat să ia măsuri individuale pentru corectarea respectivei violări, însă Curții i se recunoaște competența de a controla executarea hotărârii, prin sesizarea Consiliului de Miniștri.

² I. Ciochină-Barbu, *Drept instituțional al Uniunii Europene*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 121.

Admiterea de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului a unei plângeri determină în general acordarea unei despăgubiri persoanei căreia i-a fost încălcat un drept sau o libertate fundamentală. Însă, în afara victoriei morale, rezultatul practic al câștigării unui caz la Curtea Europeană a Drepturilor Omului este adesea numai de natură financiară (adică compensarea justă a pierderilor materiale și nemateriale, ca și a costurilor și cheltuielilor induse de procedurile naționale și de cele de la Strasbourg, conform prevederilor art. 41 din Convenție). Însă, de multe ori, persoana care se adresează Curții nu dorește doar să obțină o sumă de bani, ci de cele mai multe ori urmărește și să anuleze o hotărâre judecătorească injustă, pronunțată de instanțele naționale. Deși Convenția în sine nu obligă statele membre să instituie proceduri de revizuire ca urmare a unei hotărâri a Curții, această procedură a fost adoptată de cele mai multe dintre statele semnatare ale Convenției, astfel încât, în prezent, persoana care a câștigat în fața Curții Europene a Drepturilor Omului poate spera la o redeschidere a dosarului său la nivel național.

Revizuirea, cale extraordinară de atac în procesul penal

În dreptul procesual penal român, revizuirea reprezintă o cale de atac extraordinară, care are drept scop înlăturarea erorilor judiciare referitoare la faptele reținute printr-o hotărâre judecătorească definitivă sau violările cu caracter continuu ale drepturilor garantate de Convenția europeană a drepturilor omului, constatate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, ori încălcări ale dispozițiilor constituționale, constatate de Curtea Constituțională.

Reglementarea cadrului legal de aplicare, în ceea ce privește hotărârile care pot face obiectul acestei căi de atac, persoanele care pot fi subiectele de sesină, precum și procedura de soluționare a cererii, este prevăzută în detaliu în art. 452-465 C. pr. pen.

În ceea ce privește revizuirea hotărârilor judecătorești pronunțate în materie penală ca urmare a condamnării României la Curtea Europeană a Drepturilor Omului, a cărei analiză urmărim a o realiza în prezenta lucrare, aceasta este reglementată de dispozițiile art. 465 C. pr. pen., care reiau, în esență, pe cele ale art. 408¹ C. pr. pen. din 1968, fiind introduse pentru prima dată în legislația penală română prin Legea nr. 576/2004³.

Sfera de aplicare a acestui caz special de revizuire este ușor diferită decât în revizuirea hotărârilor penale de drept comun. Întrucât prin exercitarea acestei căi de atac nu se mai urmărește îndreptarea unor erori de fapt în judecarea definitivă a cauzei, ci înlăturarea încălcării drepturilor garantate de Convenția europeană a drepturilor omului, poate fi cerută doar revizuirea hotărârilor prin care instanțele, examinând fondul, au dispus condamnarea, întrucât doar în acest caz aceste hotărâri pot fi apte să producă efecte grave ca urmare a încălcării exigențelor convenționale, nu și cele prin care s-a dispus achitarea sau încetarea procesului penal⁴.

Așa cum am arătat în prima parte a lucrării, necesitatea unei căi de atac, în legislația noastră – revizuirea, ca urmare a pronunțării unor hotărâri de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, a fost impusă de necesitatea înlăturării consecințelor încălcării

³ Legea nr. 576/2004 pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală, în vigoare de la 23 decembrie 2004 până la 1 februarie 2014, fiind abrogată prin Legea nr. 255/2013 privind Codul de procedură penală.

⁴ M. Udriou, *Procedură penală. Partea specială*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 400.

Convenției europene a drepturilor omului în procesele penale, atunci când aceste consecințe continuă să se producă și după constatarea încălcării prin hotărârea definitivă a Curții⁵.

Condițiile de exercitare a revizuirii în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului

Potrivit art. 456 alin. (1) C. pr. pen., hotărârile definitive pronunțate în cauzele în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat o încălcare a drepturilor sau libertăților fundamentale ori a dispus scoaterea cauzei de pe rol, ca urmare a soluționării amiabile a litigiului dintre stat și reclamant, pot fi supuse revizuirii, dacă vreuna dintre consecințele grave ale încălcării Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a protocoalelor adiționale la aceasta continuă să se producă și nu poate fi remediată decât prin revizuirea hotărârii pronunțate.

Din interpretarea acestui text de lege, rezultă că pentru a fi formulată o cerere de revizuire, este necesar, în primul rând, să existe o hotărâre definitivă a Curții Europene a Drepturilor Omului sau ca aceasta să fi dispus scoaterea cauzei de pe rol, ca urmare a soluționării amiabile a litigiului dintre reclamant și România. Posibilitatea formulării cererii de revizuire și în cauzele în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a scos cauza de pe rol, fără a o soluționa pe fond, este introdusă prin noul Cod de procedură penală⁶.

Potrivit art. 37 din Convenția europeană a drepturilor omului, Curtea, în orice stadiu al procedurii, poate hotărî scoaterea de pe rol a unei cereri, atunci când circumstanțele permit să se tragă concluzia că solicitantul nu dorește să o mai mențină, când litigiul a fost rezolvat sau pentru orice alt motiv, constatat de Curte, continuarea examinării cererii nu se mai justifică. Din jurisprudența Curții rezultă că, se poate dispune scoaterea unei cereri de pe rol, în temeiul art. 37 alin. (1) din Convenție, atunci când reclamantul și statul ajung la o înțelegere amiabilă, însă, în anumite circumstanțe, scoaterea de pe rol se poate face doar în baza declarației unilaterale a guvernului pârât, chiar și în situația în care reclamantul dorește continuarea examinării cauzei⁷. În acest caz, Curtea ia în considerare concesiile din declarația Guvernului, precum și cuantumul despăgubirilor propuse de acesta, iar atunci când acestea sunt conforme cu sumele acordate în cauze similare, Curtea poate considera că nu se justifică continuarea examinării cererii⁸.

Este de menționat că pentru a putea fi sesizată Curtea Europeană a Drepturilor Omului, iar sesizarea să fie examinată de către aceasta pe fond, printre alte condiții este necesar ca reclamantul să fii epuizat toate căile de atac interne (respectiv toate căile de atac accesibile și adecvate, nu și cele care, deși sunt prevăzute în legislația națională, nu pot fi exercitate de reclamant sau sunt ineficiente pentru remedierea încălcării dreptului

⁵ N. Volonciu, A.S. Uzlaș (coord.) ș.a., *Noul Cod de procedură penală comentat*, ed. a II-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2015, pp. 1224-1225.

⁶ Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

⁷ A se vedea, spre exemplu, cauza *SM c. României*, Decizia din 20 ianuarie 2015, prin care Curtea a luat act de declarația unilaterală a Guvernului României prin care acesta recunoaște existența unei încălcări a art. 6 par. 1 din Convenție ce reiese din durata excesivă a procedurii și arată că este dispus să plătească reclamantului cu titlu de satisfacție echitabilă referitor la durata procedurii suma de 1200 Eur și a dispus scoaterea cauzei de pe rol.

⁸ A se vedea cauza *Marius Iorga c. României*, publicată în M. Of. nr. 68/2017.

pretins), cererea să fie introdusă într-un termen de 6 luni de la data rămânării definitive a hotărârii naționale (respectiv de la momentul epuizării căilor de atac ordinare), cererea să nu fie anonimă, respectiv ea trebuie să cuprindă datele de identificare ale reclamantului (în cazuri bine justificate, președintele Camerei poate autoriza ca identitatea reclamantului să nu fie dezvăluită).

Cea de-a doua condiție pentru formularea cererii de revizuire este reprezentată de constatarea de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului a încălcării drepturilor sau a libertăților fundamentale ale omului. Așa cum s-a arătat în doctrină, încălcarea trebuie să fie menționată în dispozitivul hotărârii Curții, aceasta putând viza orice articol al Convenției ori a protocolelor adiționale la aceasta.

Cea de-a treia condiție pentru admisibilitatea unei cereri de revizuire este ca producerea consecințelor violării drepturilor să aibă un caracter continuu, respectiv să se producă și după pronunțarea hotărârii de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Nu prezintă importanță, din acest punct de vedere, dacă Curtea a acordat sau nu despăgubiri pentru încălcarea dreptului respectiv.

O ultimă condiție se referă la imposibilitatea remedierii consecințelor încălcării dreptului prevăzut de Convenție, care se produc în continuare, în alt mod decât prin revizuirea hotărârii pronunțate de instanțele naționale.

O astfel de situație se regăsește în cazul în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului constată o încălcare a art. 8 din convenție, constând în interzicerea automată a drepturilor părintești ca pedeapsă accesorie, iar condamnatul-revizuent se află în cursul executării pedepsei, întrucât consecințele grave ale acestei încălcări continuă să se producă și nu pot fi remediate decât prin revizuirea hotărârii pronunțate⁹.

În schimb, în situația în care prin hotărârea definitivă Curtea Europeană a Drepturilor Omului constată încălcarea art. 6 alin. (1) din Convenție privind dreptul la un proces echitabil, prin durata excesivă a procedurilor judiciare, care în ceea ce îl privește pe petent s-au încheiat, acesta numai are aptitudinea de a-l prejudicia, astfel încât se impune respingerea cererii de revizuire¹⁰.

Într-o altă cauză, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că cererile de revizuire au fost formulate de persoane cu privire la care Curtea Europeană a constatat încălcarea unor drepturi reglementate de Convenție, hotărârea Curții este definitivă, cererile de revizuire au fost introduse în termenul legal. Însă, cea de-a patra condiție impusă de lege nu este îndeplinită, deoarece consecințele grave ale încălcării drepturilor prevăzute de Convenție, constatate de Curte nu continuă să se producă, astfel că procedura specială a revizuirii nu constituie remediul eficient înlăturării unor potențiale efecte negative. Din analiza hotărârii Curții Europene, instanța a constatat încălcarea, în parte și cu distincțiile arătate în hotărârea acesteia, a dispozițiilor art. 5 par. 1 și ale art. 8 din Convenție. Cu toate acestea, consecințele încălcării normelor indicate nu subzistă în prezent. Revizuenții au fost condamnați în urma derulării unei proceduri judiciare necontestată sub aspectul caracterului său echitabil, la pedepse cu închisoarea, reindividualizate de către instanța de recurs sub aspectul modului de executare, astfel că în speță, având în vedere cuantumul sancțiunii (un an închisoare), au operat dispozițiile privind reabilitarea de drept, efectele

⁹ ÎCCJ, Completul de 9 judecători, Dec. nr. 83 din 22 februarie 2010, *apud* G. Tudor, în N. Volonciu, A.S. Uzlău (coord.) ș.a., *op. cit.*, p. 1225.

¹⁰ C. Ap. Cluj, Dec. pen. nr. 535/A/2016, www.rolii.ro.

acesteia fiind încetarea oricăror decăderi, interdicții și incapacități rezultând din condamnare¹¹.

Titularul cererii. Termenul de introducere a cererii.

Potrivit art. 465 alin. (2) C. pr. pen., *pot cere revizuirea: a) persoana al cărei drept a fost încălcat; b) membrii de familie ai condamnatului, chiar și după moartea acestuia, numai dacă cererea este formulată în favoarea condamnatului; c) procurorul.*

Așadar, prima îndreptățită a formula cererea de revizuire este persoana al cărei drept a fost încălcat de către instanțele naționale, încălcarea dreptului fiind recunoscută prin hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului. Este însă necesar ca respectiva persoană să fi avut atât calitatea de parte în cauza împotriva statului român soluționată prin hotărârea Curții, cât și în cauza soluționată prin hotărârea instanței române. O cerere formulată de o persoană care nu a fost parte în cauza derulată în fața Curții Europene a Drepturilor Omului și cu privire la care aceasta nu s-a pronunțat, este inadmisibilă, chiar dacă persoana respectivă a avut în dosarul din fața instanțelor române calitatea de coinculpat cu cea care s-a adresat Curții. Chiar și în situația în care cele două persoane au avut o situație juridică asemănătoare sau chiar identică în dosarul de fond, primind aceeași soluție de condamnare, cel care nu s-a adresat instanței europene, nu are calitatea de a formula cerere de revizuire în urma pronunțării hotărârii de către aceasta.

De asemenea, pot formula cerere de revizuire și membrii de familie ai condamnatului, atât cât timp acesta este în viață, cât și după ce a decedat, însă doar în situația în care cererea este formulată în favoarea condamnatului. Prin membri de familie se înțelege, potrivit art. 177 C. pen.: a) ascendenții și descendenții, frații și surorile, copiii acestora, precum și persoanele devenite prin adopție, potrivit legii, astfel de rude (în situația persoanei adoptate ori a descendenților acesteia, și în raport de rudele firești); b) soțul; c) persoanele care au stabilit relații asemănătoare aceloră dintre soți sau dintre părinți și copii, în cazul în care conviețuiesc.

Apreciem că în situația în care persoana condamnată este în viață, iar cererea de revizuire este formulată de unul dintre membrii de familie, aceasta ar trebui să și-o însușească, în caz contrar, cererea urmând a fi respinsă.

De asemenea, considerăm că formularea de la lit. b) „numai dacă cererea este formulată în favoarea persoanei condamnate” este superfluă, întrucât membrii de familie ai condamnatului nu au interes de a formula o cerere de revizuire decât în favoarea acestuia, nu și în defavoarea sa.

De cele mai multe ori, calitatea de revizuent aparține persoanei condamnate, însă este posibilă ca cererea să fie formulată de persoana vătămată, partea civilă sau partea responsabilă civilmente, dacă acestea sunt persoanele a căror drepturi au fost încălcate.

Așa cum s-a arătat în doctrină, apreciem că cererea de revizuire poate fi formulată atât personal, de persoanele menționate, dar și prin avocat, reprezentant legal sau reprezentant convențional cu împuternicire specială¹².

Nu în ultimul rând, cererea poate fi formulată și de către procuror.

¹¹ ÎCCJ, Completul de 9 judecători, Dec. nr. 420 din 18 mai 2009, www.scj.ro

¹² G. Tudor, în N. Volonciu, A.S. Uzlău (coord.) ș.a., *op. cit.*, p. 1226.

Potrivit art. 465 alin. (4) C. pr. pen., *cererea de revizuire se poate face cel mai târziu în termen de 3 luni de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, a hotărârii definitive pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului.*

Apreciem că noul termen și noua modalitate de calcul al acestuia corespund mai bine scopului pentru care a fost instituită această cale extraordinară de atac. În vechea reglementare, exista posibilitatea ca reclamantul să nu-și dea seama dacă încălcarea dreptului său, în modalitatea constatată de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, continuă să producă efecte în plan negativ, ca urmare a soluției pronunțate de instanțele naționale, în acest mod garantându-se accesul persoanei interesate, care poate nu cunoaște limbile engleză sau franceză (limbile oficiale ale Curții Europene a Drepturilor Omului) la motivarea hotărârii.

Judecarea cererii de revizuire. Instanța competentă

Una dintre cele mai importante modificări față de Codul de procedură penală din 1968, vizează instanța căreia i se adresează cererea de revizuire în urma pronunțării hotărârilor de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului. În Codul de procedură penală din 1968, potrivit art. 408¹ alin. (3), cererea se adresa instanței supreme, Înalta Curte de Casație și Justiție.

În prezent, competența de soluționare a cererii de revizuire în acest caz special revine „*instanței care a pronunțat hotărârea a cărei revizuire se cere*”, potrivit art. 465 alin. (3) C. pr. pen. Cum însă, așa cum am arătat anterior, o condiție de admisibilitate a cauzei în fața Curții Europene a Drepturilor Omului o constituie epuizarea tuturor căilor de atac prevăzute de legislația națională, rezultă că instanța a cărei revizuire se cere este instanța în fața căreia a rămas definitivă hotărârea penală.

În doctrină¹³, s-a arătat că această instanță poate fi prima instanță (pentru hotărârile pentru care legea nu prevede nicio cale de atac), instanța de apel ori cea care a soluționat contestația sau instanța de recurs (pentru hotărârile rămase definitive prin decizia instanței de recurs potrivit legii vechi).

Deși corect din punct de vedere procedural, apreciem că prima instanță nu poate fi competentă să soluționeze o cerere de revizuire întemeiată pe acest motiv, întrucât toate dosarele prin care instanța soluționează fondul, respectiv se pronunță o hotărâre cu privire la existența faptei și a vinovăției inculpatului, au cale de atac (în prezent calea de atac ordinară a apelului), ca o exprimare a principiului prevăzut de Convenție a existenței dublului grad de jurisdicție. În primă instanță, singurele cauze care rămân definitive, sunt plângerile împotriva soluțiilor procurorului, însă prin acestea nu se soluționează fondul, nu se pronunță soluții de condamnare, achitare, încetare a procesului penal, renunțare la aplicarea pedepsei sau amânarea aplicării pedepsei. Așadar, cererea de revizuire trebuie adresată în această situație instanței de apel¹⁴.

Ultimele alineate ale art. 465 C. pr. pen. cuprind dispoziții privind procedura de soluționare a cererii de revizuire în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului, precum și referitoare la soluțiile pe care instanța națională le poate pronunța.

¹³ *Idem.*

¹⁴ A se vedea, în acest sens, I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 433, și M. Udrișu, *Procedură penală. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 410.

Astfel, alin. (7) prevede că cererea de revizuire se judecă cu citarea părților, partea aflată în stare de deținere fiind adusă la judecată, și cu participarea obligatorie a procurorului. Considerăm că persoana deținută are însă posibilitatea să solicite judecarea cauzei în lipsă, potrivit art. 364 alin. (4) C. pr. pen., deși nu ne aflăm în situația judecării în primă instanță, dispozițiile acestea aplicându-se doar după procedura de rejudecare, precum și dreptul de a fi asistată de un apărător ales sau desemnat din oficiu. În situația în care părțile sunt prezente în ședința de judecată în care se soluționează cauza, instanța va asculta, pe lângă concluziile procurorului, și concluziile acestora. Întrucât textul nu face nicio referire, apreciem că ședința de judecată trebuie să fie publică, aceasta fiind regula de judecare a cauzelor penale.

În fața instanței are loc o judecată pe fond a cererii de revizuire, lipsind etapa admisibilității în principiu, prezentă în cazul procedurii revizuirii de drept comun.

Potrivit alin. (9) al art. 465 C. pr. pen., *instanța examinează cererea în baza actelor dosarului și se pronunță prin decizie*.

Apreciem că nu sunt întemeiate criticile exprimate în doctrină cu privire la menționarea tipului de hotărâre ca fiind decizie, cât timp dacă hotărârea a cărei revizuire se cere este dată de prima instanță, atunci hotărârea ar trebui să fie o sentință, pentru că prima instanță nu pronunță decizii¹⁵. Așa cum am arătat anterior, considerăm că prima instanță nu se poate pronunța pe o cerere de revizuire întemeiată pe o hotărâre pronunțată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

În urma analizării cererii de revizuire, instanța poate să o admită sau să o respingă.

Respingerea are loc atunci când cererea este *tardivă* (a fost formulată cu depășirea termenului de 3 luni de la publicarea în Monitorul Oficial al României a hotărârii definitive pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului), *inadmisibilă* (când, spre exemplu, a fost formulată de o persoană care nu are calitate) sau *nefondată* (când, spre exemplu, nu continuă să se producă consecințele încălcării dreptului constatate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului).

În situația în care instanța apreciază că cererea este fondată, dispune admiterea acesteia.

Dacă poate dispune în mod direct înlăturarea consecințelor încălcării dreptului, instanța *desființează în parte* hotărârea atacată, sub aspectului dreptului încălcat și, rejudecând cauza potrivit dispozițiilor din Capitolul V, Titlul III, din Codul de procedură penală, referitoare la contestația în anulare, înlătură consecințele încălcării dreptului. O astfel de admitere poate fi întâlnită atunci când instanța poate înlătura din hotărâre o prevedere expresă, fără a fi nevoie să intre pe fondul dosarului (așa cum este situația din speța prezentată anterior, când instanța a înlăturat din hotărârea de condamnare interzicerea drepturilor părintești).

Atunci când este necesară administrarea de probe, art. 465 alin. (11) lit. b) C. pr. pen. prevede că instanța *desființează hotărârea și dispune rejudecarea de către instanța în fața căreia s-a produs încălcarea dreptului*. O astfel de situație întâlnim atunci când Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat, spre exemplu, o încălcare a art. 6 par. 1 din Convenție, privind dreptul la un proces echitabil, prin neaudierea inculpatului care a fost achitat de către prima instanță, în instanța de apel, care

¹⁵ N. Volonciu (coord.), Al. Vasiliu, Gh. Radu, *Noul Cod de procedură penală annotat. Partea Specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 284.

a dispus condamnarea acestuia, ori atunci când nu au fost audiați în mod nemijlocit de către instanțe, martorii din faza de urmărire penală. Rejudecarea are loc potrivit procedurii obișnuite, instanța pronunțându-se prin sentință (dacă rejudecarea are loc de prima instanță) sau prin decizie (dacă rejudecarea are loc de instanța de control judiciar). Hotărârea pronunțată în revizuire este supusă acelorași căi de atac prevăzute de lege pentru hotărârea revizuită.

Cu privire la rejudecarea de către instanța care a pronunțat hotărârea a cărei revizuire se cere, în doctrină, s-a pus problema dacă o astfel de soluție nu determină încălcarea dreptului la un proces echitabil, conform exigențelor art. 6 par. 1 din Convenție. Astfel, s-a arătat că întrucât revizuirea funcționează ca o cale de atac de retractare, chiar la instanța care a pronunțat hotărârea, așadar cea cu privire la care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat că a încălcat drepturi sau libertăți fundamentale, cu consecințe grave, care continuă să se producă, nu se poate vorbi despre imparțialitate și independență, întrucât se cere instanței să-și asume propria eroare imputabilă, apreciindu-se că vechea reglementare era mai bună și trebuia păstrată, în sensul că cererea era dată în competența exclusivă a Înaltei Curți de Casație și Justiție¹⁶.

Considerăm că, deși corectă opinia exprimată, cu privire la aparența de imparțialitate și independență pe care o poate oferi judecarea cererii de revizuire tocmai de instanța care a încălcat petentului un drept fundamental și a cărei consecință continuă să se producă, nu este necesar să se modifice competența de soluționare. Codul de procedură penală prevede un remediu eficient în acest sens, întrucât doar în situația în care același complet de judecată ar trebui să rejudece cauza s-ar pune probleme de imparțialitate. Or, în art. 64 alin. (3) C. pr. pen. se prevede în mod expres că judecătorul care a participat la judecarea unei cauze numai poate participa la judecarea aceleiași cauze într-o cale de atac, indiferent dacă aceasta este ordinară sau extraordinară, cum este revizuirea. În textul art. 465 C. pr. pen., noțiunea de instanță este folosită în sensul de instanță competentă din punct de vedere material și teritorial, și nu de complet de judecată care a soluționat inițial cauza și care a pronunțat hotărârea a cărei revizuire se cere.

¹⁶ N. Volonciu (coord.), Al. Vasiliu, Gh. Radu, *Noul Cod de procedură penală annotat. Partea Specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 285.

EVOLUȚIA JURISPRUDENȚEI EUROPENE POST SCOPPOLA ÎN MATERIA LEX MITIOR. REFLECȚII ASUPRA DREPTULUI PENAL ROMÂN

*Drd. Ionuț NEFLIU **

Abstract:

The method of living instrument was used by the European Court of Human Rights in the area of lex mitior in order to introduce new standards of interpretation in criminal law, standards generally accepted by the member States. Such a standard is the one of autonomous concept of penalty, and other standard is the evaluation of jurisprudence as a source of law that cannot be applicable retrospectively in the detriment of the accused. The standards established by ECHR may be seen as an extension of the domain of applicability of Article 7 par. 1 of the Convention inasmuch as we can speak of the new-born rights of the accused, e.g. the fundamental right to lex mitior, the right to hope.

Keywords: *living instrument, living law, standards in criminal law, principle of more favourable law, the right to hope*

1. CEDO, impactul interpretării evolutive asupra lex mitior

Jurisprudența are aceeași importanță ca și legea, fără ea nu se poate cunoaște autentică fizionomie a Dreptului¹, opina Angel Latorre în profunda sa *Introduccion al derecho* (1976). În cazul nostru, nu se poate dobândi o imagine de ansamblu asupra valențelor principiului *lex mitior*, fără a examina acumulările jurisprudenței CEDO, fără a arunca o privire asupra ultimelor evoluții în materia *europenismului judiciar*².

Odată cu cauza *Tyrer c. Regatului Unit* (1978), Curtea Europeană a Drepturilor Omului a adoptat în jurisprudența sa metoda „interpretării evolutive” sau abordarea Convenției ca un „instrument viu”³ în sensul că textele convenționale trebuie interpretate în lumina condițiilor prezente la data deciziei, Curtea neputând să nu fie influențată de „dezvoltările și standardele comun acceptate în politica penală a Statelor membre” (par. 31)⁴.

Metoda interpretării evolutive este văzută așadar ca actualizând standardele Convenției, în acord cu ceea ce majoritatea Statelor Contractante consideră la fiecare moment dat. O ilustrare edificatoare a acestei metode o putem observa și în Decizia Marii Camere în cazul *Scoppola c. Italia* (par. 94): „Curtea reamintește că, fără să fie obligată oficial să respecte hotărârile anterioare, trebuie să țină seama de evoluția

* Doctorand al Facultății de Drept, Universitatea de Vest Timișoara; e-mail: ionefliu@gmail.com

¹ A. Latorre, *Introdução ao direito*, Tradução do Dr. Manuel de Alarcão, 5ª Reimpressão, Livraria Almedina-Coimbra, 2002, p. 89.

² *Europenism judiciar*, după expresia lui Massimo Donini, autor al cărții *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè Editore, 2011.

³ George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2007, retipărit 2010, p. 123.

⁴ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22tyrer%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22tyrer%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}). Ultima dată, accesat la 27 feb. 2017.

situației în statul pârât și în statele contractante în general și să reacționeze, de exemplu, la un consens ce poate să apară cu privire la standardele ce trebuie atinse.”

Există două hotărâri CEDO post *Scoppola* al căror efect major este acela că largesc tematica aspectelor de aplicare a principiului legii penale mai favorabile la domenii cum ar fi acordarea beneficiilor penitenciare și a reducerilor de pedeapsă, retroactivitatea jurisprudenței în defavoarea condamnatului (*del Rio Prada c. Spaniei*) și de asemenea la domeniul pedepselor accesorii sau complementare, care ating un anumit prag de gravitate (*Gouarré Patte c. Andorrei*).

Decizia CEDO *Scoppola c. Italiei* (2009) a avut un impact major, întrucât deschizând drumul unor soluții inovatoare, a scos definitiv din penumbră principiul *lex mitior*, ridicând acest principiu la rang de **drept fundamental la nivel european**, ocrotit de dispozițiile art. 7 din Convenție. Curtea a statuat în *Scoppola* că art. 7 din Convenție nu se mărginește doar la a garanta neretroactivitatea aplicării dreptului penal în defavoarea acuzatului, dar „*în mod implicit consacră și principiul retroactivității legii penale mai favorabile*” (par. 109)⁵.

Mai mult decât reprezentând o simplă decizie, soluția jurisprudențială în materia *lex mitior*, fixată de CEDO odată cu *Scoppola*, s-a constituit ulterior în acel *drept viu european*⁶, izvor de drept în planul dreptului penal intertemporal al fiecărui Stat membru. Atunci când interpretarea jurisprudențială prezintă caractere de constanță și repetare, ea integrează un *drept viu* a reținut Curtea Constituțională a Italiei, drept viu care „*nu poate deriva dintr-o singură pronunțare, indiferent de câtă autoritate s-ar bucura organul care a emis-o, ci trebuie să reprezinte o orientare interpretativă consolidată*”⁷.

Orientarea jurisprudențială inițiată de *Scoppola* lasă o marjă mai mică de manevră la îndemâna oricărui legiuitor național sub jurisdicția CEDO, care este ținut să nu aplice în defavoarea inculpatului „*regulile de succesiune a legii penale în timp, aplicând o pedeapsă mai gravă decât cea din momentul comiterii faptei*” (par. 107) și de asemenea este ținut de „*obligația de a aplica din mai multe legi penale pe cea cu dispozițiile cele mai favorabile*”, ceea ce „*este o clarificare a regulilor de succesiune a legilor penale, în acord cu alt element al art. 7 din Convenție, previzibilitatea sancțiunilor penale.*” (par. 108)

Principala considerație care se desprinde din *Scoppola* este aceea că nu trebuie să existe pedeapsă care să nu poată fi redusă, în anumite condiții prescrise de dreptul intern, cu precădere prin aplicarea dispozițiilor constituționale sau codicistice ce consacră principiul *lex mitior*. S-a afirmat chiar că prin *Scoppola*, Curtea a consacrat un *drept la speranță*, un oximoron juridic, în măsura în care pedeapsa detențiunii pe viață poate exista doar dacă tinde să nu existe⁸. Pedeapsa reclusiunii pe viață există doar pentru a

⁵ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20SCOPPOLA%20v.%20ITALY%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-111044%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20SCOPPOLA%20v.%20ITALY%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-111044%22]}). Ultima dată, accesat la 27 feb. 2017.

⁶ Conceptul de drept viu este consacrat în doctrina și jurisprudența italiană. A se vedea Marco Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2013, p. 263.

⁷ Corte Costituzionale, Sentenza n. 242/2 iulie 2008, disponibilă online <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>

⁸ Andrea Pugiotto, *Scoppola e i suoi fratelli (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato)*, p. 6, Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 4/2013, art. disponibil online la adresa:

putea fi redusă, la un anumit moment (înainte de condamnare, în speță), indiferent dacă pe căi împrumutate din redutabila experiența procesualistă de common-law (proceduri abreviate, în speță), fie pe căi „clasice” de natură substanțială din sistemul continental (grațiere prin remitere de pedeapsă⁹, grațiere prin reducere de pedeapsă, comutare de pedeapsă, amnistie necondiționată, amnistie condiționată).

Dreptul la speranță vine din acea moștenire culturală specific europeană, derivată din ideea creștină că nu ne putem pierde speranța că orice om poate fi îndreptat și redat societății: scânteia de umanitate din om nu are cum să se stingă cu totul-, de vreme ce omul se consideră a fi creat după chipul și asemănarea lui Dumnezeu. Dreptul la speranță este în egală măsură, irenunciabil, și al condamnatului, dar și al societății. În acest sens se înscrie și exemplul influent al Suveranului Pontif, care a promulgat Legea de modificare din 11 iulie 2013 a Codului penal și a Codului de procedură penală din Cetatea Vaticanului¹⁰, în care se prevede în art. 31 **abolirea pedepsei la închisoare pe viață** și substituirea ei cu închisoarea de la 30 la 35 de ani.

Desigur că în perspectivă nu este departe ziua în care pedeapsa închisorii pe viață va fi considerată unanim de statele europene ca fiind inumană și inacceptabilă, renunțându-se la ea, exemplul Suveranului Pontif, prin promulgarea Legii de modificare din 11 iulie 2013 a Codului penal și a Codului de procedură penală din Cetatea Vaticanului, putând inspira alte state din Europa, de ex. cele cu guverne creștin-democrate.

2. Del Rio Prada c. Spaniei (2012), prima instanță

În primă instanță, investită cu cauza *del Rio Prada c. Spaniei*, Curtea Europeană, Secțiunea a III-a a luat în discuție noua doctrină Parot a Tribunalului Suprem din Spania referitoare la calcularea reducerilor de pedeapsă prin muncă (așa-numitele *beneficii penitenciare*).

Doctrina Parot (după numele membrului ETA *Henri Parot*), fixată prin Sentința Tribunalului Suprem din Spania nr. 197 din 28 feb. 2006, cuprindea două efecte majore în ceea ce privește executarea pedepselor multiple: 1) se ordona adăugarea tuturor pedepselor aplicate condamnatului pentru executarea lor succesivă, cu limitarea de 30 de ani prevăzută de art. 70 CP; 2) se ordona calcularea beneficiilor penitenciare cu privire la fiecare pedeapsă, individual¹¹. S-au remarcat în doctrina spaniolă punctele slabe ale acestei doctrine, printre care și următorul: dacă beneficiile penitenciare s-ar reperta distinct asupra fiecărei pedepse, un condamnat ar trebui să aparțină concomitent mai multor grade de clasificare penitenciară¹² (și tratament penitenciar). Or, nu poate fi acceptat ca aceeași persoană să se afle, prin aplicarea beneficiilor penitenciare, în același timp și în primul grad de clasificare și în cel de al treilea grad (care permite liberarea condiționată).

<http://www.rivistaaic.it/scoppola-e-i-suoi-fratelli-l-ergastolo-all-incrocio-tra-giudizio-abbreviato-cedu-e-costituzione.html>. Ultima dată, accesat la 27 feb. 2017.

⁹ Pentru clasificarea pe larg a amnistiei sau grațierii, a se vedea Iancu Mândru, *Amnistia și grațierea*, Ed. All educational, București, 1998, p. 380 și urm.

¹⁰ <http://www.vaticanstate.va/content/dam/vaticanstate/documenti/leggi-e-decreti/Normative-Penali-e-Amministrative/Legge%20n.%20IX%20-%20Norme%20recanti%20modifiche%20al%20codice%20penale%20e%20al%20codice%20di%20procedura%20penale.pdf>. Ultima dată, accesat la 27 feb. 2017.

¹¹ *Ibidem*, p. 160.

¹² *Ibidem*, p. 174.

Printre considerațiile Curții Europene (par. 47), s-a reținut, cu titlu de principiu, că oricât de clar ar putea fi redactat textul unei dispoziții legale, și indiferent de sistemul juridic de referință, există în mod ineluctabil un element de interpretare judiciară care va fi necesar să fie folosit pentru a elucida aspectele îndoielnice și pentru a adapta legea la circumstanțele în schimbare¹³. O a doua distincție de principiu privește conceptul de *pedeapsă*, autonom din punct de vedere convențional. În consolidata sa jurisprudență, Curtea a trasat o demarcație între o măsură care în mod substanțial constituie o pedeapsă și o altă măsură care poartă asupra executării pedepsei. Ca o consecință, când natura și scopul măsurii se referă la o reducere de pedeapsă sau la o schimbare a liberării condiționate, acea măsură ar putea să nu facă parte din conținutul conceptului de pedeapsă din art. 7 par. 1 din Convenție. În speță, s-a ajuns la o soluție contrară.

Apoi, Curtea a avut de examinat dacă textul legii combinat cu jurisprudența interpretativă însoțitoare reunește condițiile calitative de accesibilitate și previzibilitate¹⁴. Răspunsul a fost negativ, întrucât ulterior săvârșirii faptei de către reclamantă, a intervenit o nouă practică interpretativă a Tribunalului Suprem, care a lărgit pedeapsa ce trebuia executată cu 9 ani, în măsura în care reducerile de pedeapsă prin muncă au devenit inoperante, ținând cont de durata totală a pedepselor, de 3000 de ani, la care fusese condamnată. Reducerile de pedeapsă nu s-au aplicat la pedeapsa maximă, rezultantă, de 30 de ani, așa cum era practica judiciară din momentul comiterii faptelor.

Guvernul spaniol a susținut că beneficiile penitenciare ies din câmpul de aplicare al dispozițiilor art. 7, fiind vorba de măsuri de executare a pedepsei, nu de pedepse propriu-zise. În schimb, Curtea chiar primind susținerile Guvernului, nu a putut să nu observe că, în măsura în care schimbarea metodei de calcul a pedepsei de executat a avut consecințe atât de importante asupra duratei efective a pedepsei de executat în defavoarea condamnatei, distincția între întinderea pedepsei aplicate reclamantei și modalitățile de executare nu mai poate subzista¹⁵. Curtea a concluzionat în unanimitate că la data săvârșirii faptelor, schimbarea jurisprudențială a Tribunalului Suprem era dificil, dacă nu imposibil de prevăzut de către reclamantă¹⁶, ceea ce înseamnă că a operat o retroactivitate a normei jurisprudențiale în defavoarea condamnatei. Or, norma legală sau jurisprudențială poate retroactiva doar dacă este mai favorabilă.

3. Del Rio Prada c. Spaniei (2013), Marea Cameră

Primind cauza *del Rio Prada* pentru o ultimă examinare, Marea Cameră a reținut în mare aceleași argumente, pentru a pronunța violarea art. 7 par. 1 și art. 5 din textul convențional¹⁷. Ca și prima instanță, o largă majoritate a Marii Camere (15 contra 2) a acordat importanță lipsei de previzibilitate a jurisprudenței spaniole atât în momentul condamnării reclamantei, cât și în momentul în care i s-a notificat contopirea sentințelor și fixarea termenului maxim de încarcerare. În ambele momente, reclamanta nu avea motive să creadă că va interveni o jurisprudență ulterioară, sub numele de *Doctrină*, care să se aplice în detrimentul său.

¹³ S. Barber Burusco, *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ambito de cumplimiento de la pena de prisión*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, p. 196.

¹⁴ *Ibidem*, p. 197.

¹⁵ *Ibidem*, p. 198.

¹⁶ *Ibidem*, p. 199.

¹⁷ *Ibidem*, p. 201.

Dincolo de conținutul Doctrinei Parot, s-a subliniat în opinia concurentă a judecătorului CEDO Nicolaou¹⁸ că nu poate fi compatibilă cu art. 7 din Convenție acțiunea retroactivă a jurisprudenței, în același mod în care nu e posibilă retroactivitatea legală¹⁹ (evident, defavorabilă inculpatului ori condamnatului).

4. Gouarré c. Andorrei (2016)

În recenta cauză²⁰ împotriva Statului Andorra, obiectul deciziei a constituit-o faptul că unui medic, condamnat definitiv în cursul anului 2000 pentru abuzuri sexuale în exercitarea profesiei, i s-a aplicat pe lângă pedeapsa principală și o pedeapsă accesorie de interdicere pe viață a exercițiului profesiei de medic, iar noul Cod penal andorrez din 2005 avea inserată o dispoziție nouă în art. 38 alin. (2), conform căreia pedeapsa accesorie nu poate depăși în durată pedeapsa principală. Tribunalele andorreze (inclusiv Tribunalul Constituțional), deși sesizate de reclamant, au respins acordarea beneficiului *lex mitior* de aplicare a dispozițiilor art. 38 alin. (2) combinat cu cele ale art. 7 din Cod (sediul *lex mitior*), pe motiv că atât art. 7, dar și o dispoziție tranzitorie se referă doar la pedepsele principale și măsuri de siguranță, nicidecum la pedepsele accesorii.

Curtea Europeană a reamintit că *lex mitior* își are sediul în art. 7 par. 1 din textul convențional: acesta nu garantează doar principiul neretroactivității legilor penale mai severe, dar, în mod implicit, și principiul retroactivității legii penale mai blânde. Curtea a accentuat că există la nivel european și internațional un consens cu privire la considerarea *lex mitior* ca principiu fundamental de drept penal, chiar dacă legea mai blândă survine ulterior.

Curtea Europeană a observat că, dacă sub imperiul noului Cod penal andorrez pedeapsa interdicției pe viață a profesiei este pronunțată ca pedeapsă principală, aceasta nu poate depăși 20 de ani. Așa fiind și ținând cont și de prevederile art. 38 alin. (2) C. pen., ce dispun că durata pedepsei accesorii nu poate depăși pe cea a pedepsei principale, Curtea Europeană consideră că modificarea de lege penală adusă de noul Cod penal andorrez în 2005 se constituie într-o *lex mitior* pentru reclamant. A existat deci o violare a art. 7 din Convenție prin refuzul autorităților andorreze de a da eficiență dispozițiilor de favoare amintite.

5. Reflecții asupra dreptului penal român

Autorii Constantin Mitrache și Cristian Mitrache menționează că determinarea legii penale mai favorabile pe temeiul teoriei instituțiilor autonome, când în cauză sunt incidente și alte instituții de drept penal ce funcționează autonom, a fost considerată mult timp normală în doctrina și practica judiciară²¹. Este amintită, desigur, și o altă opinie²²,

¹⁸ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22del%20rio%20prada%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-127697%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22del%20rio%20prada%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-127697%22]}). Ultima dată, accesat la 27 feb. 2017.

¹⁹ *Ibidem*, par. 10.

²⁰ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22gouarre%20patte%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-160073%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22gouarre%20patte%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-160073%22]}). Ultima dată, accesat la 27 feb. 2017.

²¹ C. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 89.

²² *Ibidem*, p. 90.

contrară, căreia i se subsumează cu efecte obligatorii *erga omnes* și Dec. CCR nr. 265 din 6 mai 2014, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 5 C. pen. În această altă opinie se susține că înțelesul de lege penală nu este cel de dispoziție cu caracter penal, ci acela de act normativ²³.

Autorul Viorel Pașca menționează că, sub imperiul Codului penal din 1936, atât Vintilă Dongoroz, cât și Traian Pop erau adepții determinării *lex mitior* în mod autonom, în raport cu fiecare instituție juridică aplicabilă în cauză²⁴.

Altfel spus, există două orientări în determinarea *lex mitior*, una globală, dar cu relevanță odată cu Dec. CCR nr. 265 din 6 mai 2014 și alta diferențiată, dar sedimentată, tradițională, îmbrățișată de majoritatea doctrinei. Problemele ridicate de noua orientare sunt nu numai de ordin argumentativ, dar țin de esența *lex mitior*, care este aceea de a traversa politici penale, fie ele autoritariste sau nu (nu de a opta integral pentru o politică penală și de a respinge pe o alta). Principiul legii penale de favoare nu-și poate îndeplini rolul său, de a salvagarda acel *ius libertatis*, atât de prețuit în democrațiile occidentale, atunci când este cantonat la un Cod penal sau altul, care ar exprima coerent – se presupune – o politică penală. Acest lucru este de neconceput și reprezintă un punct de cotitură către dezintegrarea *lex mitior*, spre pronunțarea unor pedepse ce nu mai pot fi mai favorabile, ci **parțial mai favorabile**, parțial mai defavorabile, un mix ce denotă nu doar inconsecvență în aplicarea principiului și disipare a conținutului axiologic al acestuia, dar și o soluție facilă, de expedient în schimbul uneia elaborate, structurate. În plus, aplicarea Dec. CCR unor fapte penale săvârșite înainte de 6 mai 2014 pune probleme de respectare a art. 7 din Convenție, sub aspectul retroactivității unei norme jurisprudențiale mai severe și impredictibile.

Dat fiind cele ce preced, credem că dezavantajele determinării globale a *lex mitior* încep să se contureze ca fiind mai mari decât preținsele avantaje, ceea ce invită la găsirea unor metode alternative, de atenuare a severității metodei determinării globale. Dovadă a dezavantajelor stă și cauza *Gouarré Patte c. Andorrei*, unde Curtea Europeană a statuat că și **pedepsele accesorii**, dacă ating un prag de gravitate, **pot să cadă sub incidența principiului *mitior lex***. Cum rămâne acum cu dispozițiile art. 12 alin. (1)²⁵ din Legea de punere în aplicare a Codului penal român care indică aplicarea pedepselor accesorii și complementare din legea găsită mai favorabilă în cazul pedepselor principale? Cum rămâne și cu determinarea globală a legii penale mai favorabile? Întrebările sunt retorice, dar trebuie spus că numai răspunsurile convingătoare și complete pot susține europenismul legal sau judiciar al practicii Codului penal din 2014 în acest domeniu sensibil al *lex mitior*.

Mai trebuie amintit că *del Rio Prada c. Spaniei* face loc unor reflecții cu privire la extinderea principiului neretroactivității legii penale mai severe și la norma

²³ *Idem*.

²⁴ V. Pașca, *Drept penal. Partea generală*, ed. a IV-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 102.

²⁵ *Noul Cod penal; Noul Cod de procedură penală: legile de punere în aplicare*, ed. îngrijită și adnotată de Tudorel Toader, ed. a VI-a, rev., Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 209; Art. 12 alin. (1) din Legea nr. 187/2012 de punere în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012: „În cazul succesiunii de legi penale intervenite până la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, pedepsele accesorii și complementare se aplică potrivit legii care a fost identificată ca lege mai favorabilă în raport cu infracțiunea comisă.”

jurisprudențială care retroactivează în defavoarea inculpatului sau condamnatului. Frigols i Brines, adept al acestei extinderi, afirmă că trebuie acceptat că modificarea normativă poate surveni nu numai pe cale de modificare legislativă, ci și că este suficientă atribuirea unei semnificații diferite de cea a formulării normative²⁶. Astfel, pe cale de interpretare, jurisprudența poate atribui noi semnificații formulărilor normative, poate crea noi norme juridice, care nu vor putea avea efecte retroactive, decât dacă respectă spiritul *lex mitior*, care este acela de protecție, de *favor libertatis*, împotriva inconsecvențelor de tratament penal ale legiuitorului sau exceselor punitive ale judecătorului.

²⁶ S. Barber Burusco, *op. cit.*, p. 221.

REFLECȚII CU PRIVIRE LA APLICAREA DREPTULUI COMUNITAR ÎN MATERIA SUPRAVEGHERII TEHNICE. CONSIDERAȚII TEORETICE ȘI PRACTICE

*Valentin TRIF**

Abstract:

Applying Community law does not have the effect of invalidating the opposing domestic law, just to let it unenforceable, it continues to have effect in the rest of the situations which are not in the area of European Union law. Due to legislative amendments in the Romanian legislation on technical surveillance of communications, which happened in recent years, required the correlation of national law with Community law, by considering how the European Court of Human Rights has solved cases that involved interferences in the private life of individuals.

Keywords: *evidence, interceptions, CEDO*

Măsurile de supraveghere tehnică, reprezintă una dintre cele mai severe intruziuni în viața privată a persoanei, astfel că s-a urmărit necesitatea corelării legislației procesual penale la aceste metode investigative moderne, demersuri destinate asigurării conformității între reglementarea procesual penală și exigențele legii fundamentale, astfel cum acestea sunt edictate în Constituția României, precum și cu cerințele normative și jurisprudențiale izvorâte din art. 8 al Convenției europene a drepturilor omului.

În acest proces de elaborare a legislației corespunzătoare, aflat într-o continuă dinamică determinată de evoluția atât a metodelor tehnice, dar și a viziunii Curții Europene de Drepturilor Omului asupra metodelor de cercetare specială, principala dificultate a fost și este reprezentată de găsirea unui cadru normativ adecvat, simplu și predictibil, care să satisfacă necesitatea combaterii și descoperirii infracțiunilor, dar și să limiteze ingerința în drepturile fundamentale ale persoanei.

Deși în redactarea originală a Codului de procedură penală (1969) aceste mijloace de cercetare a infracțiunilor lipseau, opera legislativă a ultimilor 20 de ani a cunoscut chiar un exces de reglementare, astfel încât anterior intrării în vigoare a Noului Cod de procedură penală, dincolo de sediul materiei reprezentat de art. 91¹-91⁶ C. pr. pen. și art. 224¹-224⁴ C. pr. pen. (1969), numeroase acte normative cuprindeau dispoziții relevante în materie¹.

Legislația internă amintită se completează în mod corespunzător cu cea comunitară, cea mai relevantă în acest sens fiind Recomandarea Rec (2005)10 a Comitetului de Miniștri privitoare la tehnicile speciale de investigare.

* Doctorand – Institutul de Cercetări Juridice „Academician Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: trif_valentin@yahoo.com

¹ În acest sens sunt relevante: *Legea nr. 51/1991 privind organizarea Serviciului Român de Informații, Legea nr. 14/1992, Legea nr. 1/1998 privind organizarea și funcționarea Serviciului de Informații Externe, Legea nr. 78/2000 privind constatarea și sancționarea faptelor de corupție.*

În materie penală, un element important din punct de vedere al dreptului comunitar a fost adoptarea Tratatului de la Lisabona² astfel că după intrarea în vigoare a acestuia statele membre au urmărit să își armonizeze legislațiile penale într-o manieră de natură să reflecte tendința unei politici penale comune.

De asemenea, o implicație majoră a avut și aplicarea Convenției Europene a Drepturilor Omului în legislația statelor membre cu respectarea principiilor promovate de către aceasta.

Aderarea României la Uniunea Europeană a impus necesitatea armonizării sistemului legislativ național cu cel european având drept consecință obligația autorităților judiciare de a interpreta și aplica dreptul intern în conformitate cu directivele comunitare. Armonizarea sistemului legislativ nu a presupus doar legiferarea de către Parlamentul României a unor acte normative care să fie în concordanță cu dreptul comunitar, ci și aplicarea principiilor acestuia în conformitate cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, cât și a Curții Europene de Justiție.

În concepția Curții Europene a Drepturilor Omului, noțiunea de lege înglobează atât sensul de normă de drept internațional incident cu privire la o anumită cauză aflată în fața unei instanțe naționale, cât și pe cel de normă de drept intern³.

Prin noul Cod de procedură penală o amplă reglementare este dedicată metodelor speciale de supraveghere și cercetare, legiuitorul manifestând în mod cert dorința de a armoniza cadrul legislativ intern cu exigențele art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului și practica relevantă în materie, deziderat legitim și realizat în bună parte.

În contextul actual, este necesară o actualizare a modului în care înțelegem legislația privind drepturile omului, astfel încât să reflecte tehnologiile și tehnicile moderne de supraveghere.

Recent Curtea Constituțională a României a declarat neconstituțional o parte din art. 142 alin. (1) C. pr. pen. care se referă la organele care pot pune în executare mandatul de supraveghere tehnică considerând că sintagma „*ori de alte organe specializate ale statului*” nu respectă condițiile de calitate, inerente unei norme legale, sub aspectul clarității, preciziei și previzibilității, întrucât nu permite subiecților de drept să determine care sunt organele specializate ale statului abilitate să realizeze măsurile dispuse prin mandatul de supraveghere tehnică, măsuri cu un grad ridicat de intruziune în viața privată a persoanelor.

Condițiile procedurale intrinseci recurgerii la măsurile tehnice de supraveghere prevăzute de art. 138 alin. (1) lit. a)-e) C. pr. pen. rezultă din cercetarea prevederilor art. 139 alin. (1) lit. a)-c) C. pr. pen., iar ele se materializează în existența unor date sau indicii temeinice privind săvârșirea unei infracțiuni dintre cele enumerate de art. 139 alin. (1) lit. a) C. pr. pen., proporționalitatea acestei măsuri cu restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale (art. 139 alin. (1) lit. b) C. pr. pen.) și respectarea caracterului subsidiar al măsurii (art. 139 alin. (1) lit. c) C. pr. pen.).

Cerința proporționalității între măsura de supraveghere și drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei (art. 139 alin. (1) lit. b) C. pr. pen.) nu reprezintă altceva

² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A12007L%2FTXT>, consultat la data de 31 ianuarie 2017 ora 15¹⁴.

³ L. Lefterache, *Legea penală mai favorabilă*, în *Analele Universității București* nr. II/2009, p. 71.

decât transpunerea în mod expres în plan procesual a prevederilor art. 53 alin. (2) din Constituția României, a practicii constante în materie a Curții Europene a Drepturilor Omului, dar și a Recomandării Rec(2005)10 a Comitetului de Miniștri a Consiliului Europei⁴.

În cea din urmă recomandare comunitară, se arată încă din preambulul acesteia că asigurarea echilibrului just între drepturile individului și asigurarea siguranței publice prin măsuri de aplicare a legii este un deziderat fundamental, în condițiile în care tehnicile speciale de investigare reprezintă un instrument vital în combaterea criminalității.

În aceste condiții, se recomandă în normativul comunitar european respectarea proporționalității între efectele utilizării tehnicii speciale de supraveghere și gravitatea infracțiunii urmată de ingerința în drepturile individului.

În redactarea art. 139 alin. (1) lit. b) C. pr. pen. sunt edictate și criteriile de apreciere a realizării cerinței proporționalității, acestea constând în particularitățile cauzei, importanța informațiilor sau probelor ce urmează a fi obținute prin intermediul metodei supravegherii tehnice și, nu în ultimul rând, de gravitatea infracțiunii.

În acest context legiuitorul român s-a conformat garanțiilor instituite în art. 8 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, astfel cum acestea au fost detaliate în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului⁵, condițiile prevăzute de art. 139 alin. (1) lit. a)-b) C. pr. pen. fiind rezultatul firesc al acestei opțiuni.

Referitor la principiul subsidiarității procedeele probatorii analizate, instituit *expressiss verbis* prin art. 139 alin. (1) lit. c) C. pr. pen., acesta reprezintă de asemenea o condiție de autorizare a metodelor de supraveghere tehnică.

Potrivit art. 139 alin. (1) lit. c) C. pr. pen., orice metodă tehnică de supraveghere va fi autorizată doar atunci când probele nu ar putea fi obținute în alt mod, sau ar putea fi obținute cu dificultăți deosebite, prejudiciabile pentru ancheta penală, precum și atunci când există un pericol pentru siguranța persoanelor sau a bunurilor de valoare.

Ca trăsătură marcantă a tehnicilor speciale de investigare, subsidiaritatea se caracterizează prin imposibilitatea sau dificultatea obținerii probei prin alte mijloace sau prin pericolul generat pentru siguranța persoanelor sau a bunurilor de valoare în lipsa supravegherii tehnice a activității infracționale.

În respectarea acestui principiu, ori de câte ori rezultatul urmărit prin metoda tehnică de supraveghere (identificarea de probe) poate fi atins prin alte procedee probatorii sau mijloace de probă, trebuie utilizate alte metode mai puțin intruzive⁶, mai ales în cazurile în care ancheta nu ar fi prejudiciată în acest mod.

Cu privire la incidența prevederilor Convenției Europene a Drepturilor Omului, este de observat faptul că CEDO s-a pronunțat în mai multe cauze în care a constatat că au fost încălcate drepturile omului cu ocazia utilizării unor mijloace de supraveghere tehnică.

⁴ [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Rec\(2010\)1%20Moldovan.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Rec(2010)1%20Moldovan.pdf), consultat la data de 31 ianuarie 2017, ora 15⁴⁸.

⁵ Spre exemplu hotărârile CEDO din cauzele *Malone c. Regatului Unit al Marii Britanii* (2 august 1984), *Khan c. Regatului Unit al Marii Britanii* (12 mai 2000), *Vetter c. Franței* (31 mai 2005), disponibile pe www.echr.coe.int.

⁶ M. Udriou, O. Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 829.

S-a considerat că interceptarea comunicărilor telefonice uneori este un mijloc necesar pentru lupta împotriva terorismului și a altor infracțiuni grave, fiind de asemenea punctat riscul arbitrariului care îl implica utilizare acestor măsuri. Ca o consecință particulară a caracterului secret al interceptărilor, Curtea tratează diferit fiecare interferență cu Convenția Europeană a Drepturilor Omului respectiv condițiile de autorizare sunt urmărite cu strictețe să corespundă prevederilor art. 8 par. 2 iar punctul de plecare în investigarea acuzațiilor de încălcare a acestora datorită interceptărilor este mai redus decât în alte cazuri de încălcare.

Astfel, Curtea a constatat deja, în circumstanțele specifice ale unei anumite cauze, faptul că instanțele interne au utilizat ca probă unică transcrieri ale unor conversații telefonice obținute ilegal nu intră în conflict cu cerințele privind echitatea, consacrate la art. 6 din Convenție⁷.

Într-o altă cauză, Curtea subliniază că instanțele interne nu numai că și-au întemeiat decizia pe înregistrări cu o autenticitate îndoielnică, dar acestea nici nu au răspuns la argumentele reclamantului conform cărora nu i s-au prezentat transcrierile și, prin urmare, nu le cunoștea conținutul. În plus, instanțele interne nici nu au ascultat casetele audio la ședințe, în prezența inculpaților, și nici nu au răspuns la repetatele plângeri ale reclamantului privind nelegalitatea înregistrărilor împrejurare în care s-a constatat că procedura din cauza reclamantului, în ansamblul său, a fost contrară cerințelor unui proces echitabil arătând că a fost încălcat art. 6 § 1 din Convenție⁸.

De asemenea, s-a considerat de către CEDO ca fiind o încălcare al art. 8 par. 1 considerându-se că interceptarea comunicărilor telefonice este o ingerință în viața privată, putând afecta și dreptul la corespondență sau chiar dreptul de proprietate⁹.

În unele cazuri însă, Curtea nu face distincție între paragrafele art. 8, dar le restrânge forma ca fiind drepturi care interferează cu acest articol¹⁰.

S-a mai stabilit că înregistrarea conversațiilor constituie o încălcare a dreptului la corespondență prevăzută de art. 8 din Convenție chiar dacă unul dintre participanții la conversație a fost de acord cu înregistrarea, deoarece nu își pierde caracterul privat¹¹.

Așa cum am arătat mai sus Curtea a încercat să evite riscul de arbitrar care îl implică utilizarea mijloacelor de supraveghere tehnică care au un caracter secret, sens în care a instituit măsuri care să asigure o protecție efectivă a vieții private și a corespondenței. Astfel, Curtea a dezvoltat o serie de măsuri de siguranță cu privire la cerințele de bază pentru autorizarea supravegherii tehnice (natura infracțiunilor, categoriile de persoane care pot face obiectul interceptărilor, durata maximă a măsurii, procedura care trebuie urmată cu privire la datele obținute, protecția interceptărilor față de terțe persoane), cât și măsuri care să fie aplicate la finalizarea interceptării comunicărilor (crearea unui mecanism de control efectiv care să verifice dacă legea a fost respectată, supravegherea celor care efectuează interceptări să fie efectuată de către o autoritate independentă decât cea care a pus în executare mandatul).

⁷ *Khan c. Regatului Unit*, nr. 35394/97, și *J.H. c. Regatului Unit*, nr. 44787/98, www.echr.coe.int.

⁸ *Botea c. României*, www.echr.coe.int.

⁹ *Klass c. Germaniei*, www.echr.coe.int.

¹⁰ *Kennedy c. UK*, www.echr.coe.int.

¹¹ *A c. Franței*, www.echr.coe.int.

S-a apreciat de asemenea că există o încălcare a Convenției atunci când legea nu prevede cu claritate care categorii de persoane ar putea fi afectate de interceptarea comunicărilor telefonice, formularea „alte persoane implicate în comiterea de infracțiuni” fiind considerată ca fiind ambiguă¹².

În contradicție cu speța menționată anterior, Curtea a reținut că German G10, legea care reglementează interceptările telefonice de către serviciile de informații este în concordanță cu art. 8, deși aceste prevederi legale permit interceptarea „suspecților sau oricăror altor persoane pe baza unor suspiciuni pe baza cărora se poate prezuma că vor primi sau iniția comunicații sau a telefoanelor care se prezumă că vor fi utilizate de către suspect”¹³.

În ceea ce privește durata maximă a utilizării mijloacelor de supraveghere, Curtea nu a stabilit o durată maximă, fiind apreciată utilitatea în funcție de particularitatea cauzei. Astfel, s-a apreciat că un interval de timp între 2 luni și 6 luni este în acord cu Convenția Europeană a Drepturilor Omului¹⁴, ori că este fondată interceptarea pe o perioadă de 3 luni cu posibilitatea prelungirii pe încă 3 luni¹⁵.

O atenție deosebită fost acordată de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului protecției privilegiului avocat-client cu scopul de a se asigura că informațiile comunicate avocatului nu sunt interceptate, dreptul legal la asistență juridică fiind fundamentul unei societăți democratice.

Astfel, într-o cauză s-a reținut încălcarea art. 8 al Convenției atunci când a fost interceptată convorbirea dintre avocat și clientul său purtată de la telefonul unui cabinet de avocatură, fără a se face distincție între informațiile privilegiate și cele care nu aveau legătură cu acest privilegiu¹⁶.

În schimb, Curtea a fost de acord cu prevederile din legislația olandeză care distinge între situația avocatului care are calitatea de suspect caz în care comunicările acestuia pot fi interceptate, urmând ca materialele rezultate apărute de privilegiul client – avocat să fie înlăturate și avocatul terț, apărător al uneia dintre părți situație în care comunicările acestuia fac obiectul privilegiului¹⁷.

În strânsă legătură cu prevederile Convenției Europene a Drepturilor Omului se află Directiva nr. 2012/13/UE din 22 mai 2012¹⁸ emisă de către Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene cu privire la dreptul la informare în cadrul procedurilor penale unde se prevede fără echivoc că înregistrările audio și video care sunt esențiale pentru contestarea efectivă a legalității unei arestări sau detenției unor persoane suspectate sau acuzate, în conformitate cu dreptul intern, ar trebui să fie puse la dispoziția persoanelor suspectate sau acuzate sau a avocaților acestora cel târziu înainte ca autoritatea judiciară competentă să fie chemată să se pronunțe cu privire la legalitatea arestării sau detenției în conformitate cu art. 5 alin. (4) din CEDO și cu suficient timp înainte pentru a permite exercitarea efectivă a dreptului de a contesta legalitatea arestării

¹² *Iordachi c. Moldovei*, www.echr.coe.int.

¹³ *Klass c. Germaniei*, *supracit.*

¹⁴ *Association for European Integration and Ekhimdziev c. Bulgariei*, www.echr.coe.int.

¹⁵ *Weber and Saravia c. Germaniei*, www.echr.coe.int.

¹⁶ *Kopp c. Elveției*, www.echr.coe.int.

¹⁷ *Aalmoes c. Olandei*, www.echr.coe.int.

¹⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A32012L0013>, consultat la data de 1 februarie 2017, ora 16⁰³.

sau detenției. Restricțiile la acest acces ar trebui interpretate strict și în conformitate cu dreptul la un proces echitabil, prevăzut de CEDO și astfel cum este interpretat în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului¹⁹.

Directiva 2012/13/UE privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale a fost adoptată în scopul de a reechilibra drepturile justițiabililor chemați în fața organelor de poliție sau a parchetelor și privește persoanele suspectate sau inculpate, din momentul în care sunt informate de autoritățile naționale competente de faptul că sunt suspectate sau acuzate de săvârșirea de infracțiuni, până la finalizarea procedurilor.

Directiva stabilește obligația autorităților statale de a informa persoanele în cauză, verbal sau în scris, atât cu privire la drepturile de care se bucură pe parcursul procedurii (dreptul de a fi asistat de avocat, dreptul la un interpret, dreptul de a păstra tăcerea etc.), cât și cu privire la acuzația ce li se aduce, deopotrivă în legătură cu elementele de incriminare și cu cele ce susțin nevinovăția acestora. Persoanele arestate trebuie să fie informate în plus și în mod obligatoriu prin înmânarea unei note scrise în acest sens, Directiva cuprinzând un model orientativ în Anexa I. Dreptul la informare poate fi limitat (însă nu refuzat în integralitate, spre exemplu nu în ceea ce privește dreptul de a cunoaște acuzația): atunci când informația implică un risc grav pentru viața sau drepturile fundamentale ale unei terțe persoane (este necesară în această apreciere parcurgerea testului de proporționalitate, pentru a păstra un echilibru între drepturile implicate); când este strict necesar pentru protecția unui interes public important (este dat exemplul compromiterii unui anchete în curs de desfășurare sau al afectării grave a securității interne a statului membru respectiv). Limitarea trebuie decisă motivat de o autoritate judiciară sau, cel puțin, trebuie să poată fi supusă unui control jurisdicțional din partea acesteia. Directiva a fost transpusă prin prevederile art. 9, art. 10, art. 78, art. 83, art. 88-92, art. 94, art. 374 C. pr. pen.

Revenind la dreptul intern, reținem o situație întâlnită în practică în materia interceptării comunicărilor telefonice, care nu a fost reglementată de către legislația procesual-penală fiind aceea în care săvârșirea unor infracțiuni are loc prin convorbiri sau comunicări care conțin secrete de stat, iar informațiile sunt utile lămuririi cauzei.

Deși în Codul de procedură penală nu se prevede în mod expres, spre deosebire de Codul de procedură penală din 1969²⁰, din interpretarea legislației privind informațiile clasificate²¹ s-ar putea concluziona că aceste convorbiri sau comunicările care conțin secrete de stat sau profesionale nu se menționează în procesul-verbal.

Apreciem că în situația în care conțin informații relevante cauzei, acestea trebuie să fie redată în cuprinsul unor procese-verbale separate iar mai apoi pentru părțile din proces (suspect, inculpat, parte civilă, parte responsabil-civilmente) și apărătorii acestora să fie urmată procedura de autorizare prevăzută de art. 28 din Legea nr. 182/2002 privind protecția informațiilor clasificate care prevăd că *„accesul la informații secrete de stat este permis numai în baza unei autorizații scrise (pe nivel de secretizare), eliberate de*

¹⁹ Art. 1 par. 30 și 32 din Directiva nr. 2012/13/UE din 22 mai 2012 pe <http://documents.tips/documents/directiva-201213ue-a-parlamentului-european-i-a-consiliului-din-22-mai.html>.

²⁰ Art. 91³ C. pr. pen. din 1968: „Dacă săvârșirea unor infracțiuni are loc prin convorbiri sau comunicări care conțin secrete de stat, consemnarea se face în procese-verbale separate”.

²¹ Legea nr. 182/2002 privind informațiile clasificate (M. Of. nr. 284 din 12 aprilie 2001).

conducătorul persoanei juridice care deține astfel de informații, după notificarea prealabilă la Oficiul Registrului Național al Informațiilor Secrete de Stat”.

Doar în acest caz se dă importanță dreptului la apărare prin asigurarea posibilității părților interesate, cât și ale apărătorilor acestora de a putea lua la cunoștință de întreg materialul probatoriu administrat în cauză, în vederea respectării egalității de arme între acuzare și apărare.

În cuprinsul art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, există câteva „*principii de echitate*” subordonate acestui articol, dar care nu sunt enunțate expres.

Cel mai important dintre acestea este socotit cel al „*egalității armelor*”, care consacră ideea potrivit căreia fiecare parte din proces trebuie să aibă șanse egale de a-și prezenta cauza și că nimeni nu trebuie să beneficieze de un avantaj substanțial asupra adversarului său. Potrivit aceluiași principiu, părțile trebuie să aibă același acces la consemnări și la celelalte documente ale cauzei, cel puțin atâta vreme cât acestea joacă un rol în formarea opiniei organelor judiciare; fiecărei părți trebuie să i se dea posibilitatea să combată argumentele invocate de cealaltă parte.

În practica CEDO, egalitatea armelor presupune ca fiecare parte din proces să aibă posibilitatea rezonabilă de a-și prezenta cauza în condiții care să nu o plaseze pe o poziție substanțial dezavantajoasă față de partea adversă.

O situație inedită a fost întâlnită în practica judiciară în sensul că ordonanța procurorului prin care s-a autorizat provizoriu interceptarea comunicărilor în mediu ambiental nu a fost confirmată de către instanța de judecată deoarece s-a apreciat că din exploatarea actului de autorizare provizorie nu au rezultat date concrete cu privire la comiterea faptei penale astfel că s-a dispus distrugerea înregistrărilor care au rezultat cu ocazia punerii în executarea a actului de autorizare emis de către procuror²².

La momentul sesizării instanței de judecată cu judecarea fondului cauzei au fost înaintați și suportii optici care conțineau înregistrarea comunicărilor telefonice, inclusiv cele care trebuiau distruse, astfel că inculpații au solicitat redarea comunicărilor ambientale care ar fi trebuit a fi distruse.

În aceste condiții s-a ridicat problema dacă instanța de judecată mai avea posibilitatea de a reda în încheierea de ședință această înregistrare spre a fi avută în vedere la soluționarea cauzei.

S-a apreciat de către instanța de judecată că „nu pot fi folosite în proces mijloacele de probă „obținute în mod ilegal”. S-a reținut că pentru a asigura preeminenta dreptului în materia probelor și a mijloacelor de probă, nu pot rămâne nesancționate probele „obținute în mod ilegal”. Astfel, dacă o probă a fost prezentată judecătorului, cu încălcarea dispozițiilor procedurale sau dacă o probă admisibilă, în principiu, în fața lui a făcut obiectul unei administrări neregulate, trebuie aplicate sancțiuni. Din multitudinea de sancțiuni aplicabile, cea mai importantă și cea mai eficace este invalidarea probei. Juriștii din Europa continentală vorbesc de nulitate iar cei din common law de excludere (exclusionary rules)²³.

În dreptul nostru, regula excluderii mijloacelor de probă neregulate, așa cum este enunțată de art. 102 alin. (2) C. pr. pen., se fundamentează pe Convenția Europeană a Drepturilor Omului și pe principiile generale de drept. Ea este de natură să afecteze

²² Înch. nr. 61/2010 a ÎCCJ, nepublicată.

²³ C. Ap. Târgu-Mureș, înch. din 23 aprilie 2012, pronunțată în dos. nr. 99/57/2001, nepublicată.

principiul libertății probei care, la noi, este departe de a fi absolut, față de enumerarea limitativă a mijloacelor de probă.

Mai mult chiar, atunci când jurisdicția se găsește în imposibilitatea de a verifica legalitatea mijloacelor de probă sau a condițiilor în care proba a fost obținută, ea este ținută să înlăture această probă, precum și toate actele care decurg din ea.

Ori, în speță, prin încheierea Înaltei Curți de Casație și Justiție București nu s-a dispus confirmarea ordonanței provizorii, deci implicit s-a apreciat că nu sunt întrunite condițiile legale pentru ca înregistrarea din mediu ambiental să fie folosită în procesul penal.

Astfel, urmare a celor stabilite cu autoritate de lucru judecat de către instanța supremă, procedeu probatoriu respectiv înregistrarea ambientală a fost dispusă în mod legal însă rezultatul a fost invalidat de către judecător prin hotărâre judecătorească cu autoritate de lucru judecat, astfel încât redarea convorbirii ambientale într-un proces-verbal de interceptări constituie o probă nelegală, lipsind cadrul legal al administrării procedurii probatorii.

Potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în materia interceptărilor și înregistrărilor, măsura trebuie să fie conformă garanțiilor art. 8 din Convenție. Înregistrările sunt supuse în aceste cazuri procedurii *autorizării* din partea judecătorului, în lipsa acesteia neputând fi folosite ca și mijloc de probă, fiind incidente dispozițiile art. 102 alin. (2) C. pr. pen.

Cu privire la interceptări și înregistrări, Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat în privința imposibilității instanței care judecă fondul cauzei de a verifica temeinicia autorizației de interceptare emisă în faza desfășurării urmăririi penale²⁴.

S-a reținut în practica judiciară a instanței supreme că prin prisma jurisprudenței CEDO nu se impune o înlăturare a mijloacelor de probă constând în supravegherea tehnică efectuată de către Serviciul Român de Informații care a pus în executare mandatele de supraveghere tehnică emise de către judecătorul de drepturi și libertăți, deoarece și în condițiile în care ar exista o încălcare a dispozițiilor art. 8 CEDO, privind respectarea dreptului la viață privată și familială ea s-a produs deja și nu poate fi corijată de către instanța națională prin înlăturarea acestor probe²⁵.

În schimb, într-o altă cauză, s-a reținut de către judecător că prin punerea în executare a mandatului de supraveghere tehnică de către Serviciul Român de Informații a fost încălcat dreptul la un proces echitabil privit ca o garanție²⁶.

O altă situație în care se pune în discuție valoarea probatorie a proceselor-verbale de redare a comunicărilor interceptate prin utilizarea mijloacelor de supraveghere tehnică poate apărea cu ocazia investigării de către o altă autoritate public (ex. Consiliul Concurenței) a practici concertate care limitează sau se denaturează concurența în situația în care această investigație este paralelă unei investigații penale derulate de către organele judiciare.

În acest context, trebuie să se stabilească în primă fază, dacă distribuirea informațiilor de procedură penală, în acest caz, procesele-verbale ale convorbirilor telefonice interceptate, contravine prevederilor art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor

²⁴ Cauza *Dumitru Popescu c. României* și cauza *Van Vondel c. Olandei*, www.echr.coe.int.

²⁵ ÎCCJ, S. pen., înch. din 18 martie 2016, pronunțată în dos. nr. 2826/1/2015, nepublicată.

²⁶ C. Ap. Constanța, S. pen., înch. din 11 mai 2016, pronunțată în dos. nr. 2351/88/2015/a2, nepublicată.

Omului. Răspunsul ar trebui să fie afirmativ deoarece o încălcare a dreptului la intimitate, este permisă, conform par. 2 al art. 18 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, în măsura în care, legea prevede că este necesară într-o societate democratică, în interesul bunăstării economice a țării, printre altele.

Apreciem că în această situație, nimic nu împiedică o colaborare între cele două organe de aplicare a legii, existând și posibilitatea unui schimb de informații, evident cu asigurarea confidențialității.

Interpretarea limitată și opinia că ar trebui să fie pronunțată întâi o condamnare penală, nu pot să excludă faptul că un interes public major ar putea duce la furnizarea de informații de procedură penală, de către procuror, în timpul unei anchete în curs de desfășurare, către instituții care derulează o procedură administrativă.

Este suficient de evident faptul că informațiile privind posibilele înțelegeri anticoncurențiale între participanții la licitații, de cele mai multe ori nu pot fi obținute, într-un mod mai rezonabil și mai puțin acuzator, deoarece astfel de acorduri, nu se fac, în scris²⁷.

Pentru a putea fi folosite în cadrul unui litigiu administrativ, probele trebuie să fie obținute de așa manieră încât, să nu contravină modului de acțiune al unei autorități. În caz contrar aceste probe nu pot fi folosite sub nicio formă²⁸.

O altă problemă care se poate ridica în practică, care până la acest moment a fost rar întâlnită în materia expertizei înregistrărilor, este aceea a interogatoriului expertului, cu privire la care Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat în repetate rânduri.

Art. 6 par. 3 lit. d) din CEDO stabilește că acuzatul în procesul penal are dreptul să audieze martorii folosind următoarea formulare: „*Orice acuzat are, în special dreptul...să audieze sau să solicite audierea martorilor acuzării și să obțină citarea și audierea martorilor apărării în aceleași condiții ca și martorii acuzării*”.

Astfel, CEDO recunoaște că deși acest text legal se referă la martori, și nu la experți, aceste drepturi intră în atributele de bază ale unui proces echitabil, drept stabilit prin art. 6 par. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului²⁹.

Ținând seama de această circumstanță, Curtea Europeană a Drepturilor Omului aplică pentru interogatoriul experților aceleași criterii ca și pentru interogatoriul martorilor. Deci dacă suspectului, în timpul anchetei preventive sau în timpul procesului nu i se permite să pună întrebări expertului pentru a verifica veridicitatea lor sau pentru a pune la îndoială concluziile lui, acest fapt poate fi calificat ca fiind o încălcare al art. 6 par. 1 CEDO³⁰.

În concluzie este de precizat că garanțiile impuse prin intermediul dreptului comunitar și a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului nu trebuie să privească ca fiind piedici în calea utilizării a acestor procedee probatorii, scopul lor fiind acela de a îndruma activitatea organelor judiciare în conformitate cu necesitatea respectării principiului preeminenței dreptului comunitar față de cel național.

²⁷ Curtea Supremă de Justiție a Olandei, AWB 13/522 AWB 13/523 AWB 13/529, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id:NL:CBB:2015:193>.

²⁸ Curtea Supremă de Justiție a Olandei cauzele *ABRvS* din 12 aprilie 2006, și *CRvB* din 11 aprilie 2007, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id:NL:CBB:2015:193>.

²⁹ *D.N c. Elveției*, www.jurisprudentacedo.com/elvetia.html.

³⁰ Cauza *Balsyte-Lideiliene c. Lituaniei*, www.jurisprudentacedo.com.

CONTROVERSE ÎN JURISPRUDENȚĂ CU PRIVIRE LA REZOLVAREA ACȚIUNII CIVILE ÎN PROCESUL PENAL*

Denisa BARBU**

Abstract:

A civil action is an action ancillary to criminal action, representing the middle of the procedure through which the defendant is held civil liable, the party civil responsible for or his successor in title.

This tort liability is one of the persons responsible under civil law for the material and/or moral damage produced by committing the offence. The offence must be committed by the defendant with guilt, as in the case of supporting causes or lack of any fault of the defendant, both this and the party responsible cannot be civil forced to pay civil damages, although tort liability is involved for the easiest fault also.

We note that it is irrelevant whether these were new evidence during the criminal trial and the prosecutor has not made sufficient efforts to learn about them or simply these did not know existed. So we know that the lack of diligence cannot be imputed to the civil party (without legal capacity or limited legal capacity) in obtaining the evidence required to establish the full damage.

Keywords: civil action, criminal proceedings, defendant, liable, liability

Acțiunea civilă este definită ca fiind: o acțiune privată, fiind exercitată de o persoană care a suferit un prejudiciu de pe urma infracțiunii; o acțiune facultativă, fiind lăsată la aprecierea persoanei prejudiciate exercitarea acesteia; o acțiune patrimonială, putând fi exercitată atât împotriva inculpatului, cât și a persoanei responsabile civilmente, a moștenitorilor, succesorilor în drepturi ai acestora; o acțiune divizibilă, întrucât persoana vătămată (prejudiciată) poate solicita tragerea la răspundere civilă a uneia sau a mai multor persoane, care au participat la producerea prejudiciului; o acțiune disponibilă, întrucât persoana prejudiciată poate renunța la exercitarea acțiunii.

Condițiile pentru exercitarea acțiunii civile în cadrul procesului penal este supusă îndeplinirii cumulative a următoarelor condiții, condiții prevăzute și la răspunderea civilă delictuală:

- 1) infracțiunea să fi cauzat un prejudiciu material sau moral;
- 2) între infracțiunea săvârșită și prejudiciul suferit care este cerut să fie acoperit să existe o legătură de cauzalitate;
- 3) prejudiciul trebuie să fie cert;

* Lucrarea este elaborată în perioada de susținabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

** Lector univ. dr., Universitatea „Valahia” din Târgoviște, Facultatea de Drept și Științe Administrative; e-mail: denisa.barbu77@yahoo.com

- 4) prejudiciul să nu fi fost reparat;
- 5) să existe o cerere de constituire de parte civilă în cadrul procesului penal pentru persoane fizice cu capacitate de exercițiu¹ sau pentru persoanele juridice;
- 6) să nu se depășească durata rezonabilă a procesului penal prin soluționarea acțiunii civile în cadrul acestuia.

1. Infrațiunea să fi cauzat un prejudiciu material sau moral

Această condiție conduce la ideea că nu orice infrațiune poate determina o acțiune civilă în cadrul procesului penal, deoarece anumite infracțiuni, prin natura lor, nu pot conduce la prejudicii materiale sau morale, ceea ce face ca posibilitatea exercitării acțiunii civile să fie exclusă², cum ar fi cazul infracțiunilor de pericol care nu pot genera prejudicii materiale sau morale în mod direct (excepție, de exemplu, infracțiunea de amenințare)³.

De asemenea, infracțiunea trebuie să fie comisă de inculpat cu vinovăție, deoarece în cazul unei cauze justificative sau a lipsei oricărei culpe a inculpatului, atât acesta, cât și partea responsabilă civilmente nu pot fi obligați la plata despăgubirilor civile, deși răspunderea civilă delictuală intervine și pentru cea mai ușoară culpă⁴.

Obligarea la repararea integrală a prejudiciului de către inculpat nu poate avea loc dacă la producerea acestuia a contribuit și fapta culpabilă a victimei sau dacă peste intenția/culpa inculpatului s-a suprapus un caz fortuit, forța majoră sau o faptă a altei persoane (terț) pentru care autorul nu este obligat să răspundă⁵.

În cazul participanților la săvârșirea aceleiași infracțiuni, este aplicabil principiul răspunderii solidare a acestora⁶.

2. Între infracțiunea săvârșită și prejudiciul suferit care este cerut să fie acoperit să existe o legătură de cauzalitate

Prejudiciul trebuie să fie o consecință directă a infracțiunii, însă în doctrină⁷ a fost acceptată și repararea prejudiciului indirect, prin ricoșeu.

Așadar, o persoană poate fi trasă la răspundere civilă numai dacă între faptă și prejudiciu există un raport de cauzalitate, în mod obiectiv⁸.

Având în vedere că acțiunea civilă se rezolvă conform legii civile, potrivit art. 19 alin. (5) C. pr. pen., trebuie să menționăm că răspunderea civilă delictuală este solidară

¹ În cazul persoanelor vătămate lipsite de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, acțiunea civilă se exercită în numele acesteia de către reprezentantul legal sau, după caz, de către procuror. În cazul în care reprezentantul legal nu exercită acțiune civilă, procurorul este obligat să exercite din oficiu, acțiunea civilă, având în vedere interesele persoanei vătămate.

² I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedura penală. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 296.

³ P. Pricope, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 30.

⁴ N. Volonciu, A.S. Uzlău ș.a., *Noul Cod de procedura penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 60.

⁵ A se vedea art. 1371 C. civ.

⁶ A se vedea art. 1382 C. civ.

⁷ Gh. Mateuț, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 741.

⁸ C. Stătescu, *Răspunderea civilă delictuală pentru fapta altei persoane*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1984, p. 21.

conform dispozițiilor art. 1382 C. civ. „*cei care răspund pentru o faptă prejudiciabilă sunt ținuți solidar la reparate față de cel prejudiciat*”, iar conform dispozițiilor art. 1383 C. civ. „*între cei care răspund solidar, sarcina reparației se împarte proporțional în măsura în care fiecare a participat la cauzarea prejudiciului...iar dacă această participare nu poate fi stabilită, fiecare va contribui în mod egal la repararea prejudiciului*”, principalele efecte ale solidarității codebitorilor constând în unicitatea datoriei și pluralitatea debitorilor.

Quantumul prejudiciului este foarte important în rezolvarea acțiunii civile și în individualizarea pedepsei ce urmează a fi aplicată, acesta fiind esențial pentru soluționarea laturii penale, tocmai de aceea, în practică instanțele nu disjung latura civilă de cea penală, atunci când inculpatul dorește să se judece conform procedurii abreviate, când nu se mai poate acorda decât un singur termen pentru depunerea de acte în circumstanțierea inculpatului⁹.

Există o serie de opinii neunitare în practică privind rezolvarea acțiunii civile, pornind de la administrarea probelor cu martori conform legii civile sau conform legii penale. Astfel, unele instanțe, admit audierea martorilor care sunt rude (soți) cu partea civilă în procesul penal, iar altele nu admit, considerând că audierea martorilor se face conform legii civile, și atunci nu pot fi audiați soții. Într-adevăr, și în Codul de procedură penală există o neconcordanță privind acest aspect, și anume, deși la judecata în prima instanță se pot audia martori – rude, conform art. 453 alin. (2) C. pr. pen. în revizuirea hotărârilor penale definitive, exclusiv cu privire la latura civilă, aceasta poate fi cerută numai în fața instanței civile, conform Codului de procedură civilă.

3. *Prejudiciul produs trebuie să fie cert*, atât sub aspectul existenței, cât și sub aspectul întinderii sale, de unde a rezultat ideea în practica judiciară, că sunt inadmisibile cererile de despăgubiri simbolice, considerându-se că astfel nu este îndeplinită condiția prejudiciului cert sub aspectul existenței sale.

Prejudiciul poate fi unul actual, dar și unul viitor, dacă se demonstrează că este cert sub aspectul existenței și al întinderii¹⁰.

Nu se poate pune în discuție un prejudiciu eventual, a cărui producere nu este sigură.

În ceea ce privește certitudinea prejudiciului, un alt aspect deosebit se referă la pierderea unei șanse de a realiza un câștig sau a evita o pierdere¹¹.

Astfel, „*se vor putea acorda despăgubiri și pentru un prejudiciu viitor dacă producerea lui este neîndoielnică*”¹².

4. *Prejudiciul să nu fi fost reparat*. Această condiție trebuie îndeplinită, deoarece există și posibilitatea ca, înainte de exercitarea acțiunii civile în cadrul procesului penal, prejudiciul cauzat prin săvârșirea infracțiunii să fie acoperit parțial sau total de către alte persoane.

⁹ Conform art. 377 alin. (2) C. pr. pen.

¹⁰ N. Volonciu, A.S. Uzlău ș.a., *op. cit.*, p. 63.

¹¹ *Ibidem*, art. 1385 alin. (4) C. civ.

¹² Conform art. 1385 alin. (2) C. civ.

Dacă terții au acoperit prejudiciul integral sau parțial, deși nu aveau această obligație, acțiunea civilă poate/nu poate fi exercitată în procesul penal, în funcție de titlul cu care a fost acoperit prejudiciul¹³.

Așadar, dacă vorbim despre asigurătorul de răspundere civilă delictuală al autorului faptei, este clar că acesta plătește pentru cel responsabil.

Însă, dacă vorbim de asigurătorul victimei, întrebarea este dacă mai este îndeplinită condiția ca prejudiciul să nu fi fost reparat.

În acest caz, trebuie făcută distincția între asigurarea de persoane (care este o măsură de prevedere) și în acest caz, victima va avea dreptul la despăgubiri de la autorul faptei, și asigurarea de bunuri, în acest caz victima, neputând cumula despăgubirea primită de la asigurător și cea de la autorul infracțiunii decât în limita prejudiciului¹⁴.

5. *Să existe o cerere de constituire de parte civilă în cadrul procesului penal pentru persoane fizice cu capacitate de exercițiu sau pentru persoanele juridice.* Această condiție este prevăzută de dispozițiile art. 20 alin. (1) C. pr. pen. care arată că persoana vătămată se poate constitui parte civilă până la începerea cercetării judecătorești.

Codul de procedură penală prevede în art. 20 alin. (1) teza finală, că „organele judiciare au obligația de a aduce la cunoștința persoanei vătămate acest drept”, însă rolul activ în acest caz al instanței de judecată ar mai fi compatibil cu principiul imparțialității judecătorului sau cu principiul egalității armelor?

Considerăm că rolul activ al instanței de judecată în acest caz este mult diminuat, în concordanță cu principiile procesului penal¹⁵.

Constituirea de parte civilă în cadrul procesului penal constituie voința persoanei vătămate de a fi reparat prejudiciul material și/sau moral cauzat prin săvârșirea infracțiunii.

În situația în care acțiunea civilă a fost pornită din oficiu, această condiție nu mai este necesară, instanța de judecată fiind obligată să se pronunțe din oficiu asupra reparării prejudiciului¹⁶.

6. *Să nu se depășească durata rezonabilă a procesului penal prin soluționarea acțiunii civile în cadrul acestuia.* Dacă pentru rezolvarea laturii civile este necesară o perioadă mai mare de timp care ar conduce la încălcarea principiului rezolvării cauzelor penale într-un termen rezonabil, instanța poate, din oficiu sau la cererea procurorului ori a părților, să dispună disjungerea acțiunii civile¹⁷.

Acțiunea civilă disjunsă își menține caracterul accesoriu celei penale.

¹³ I. Neagu, *op. cit.*, p. 303.

¹⁴ P. Pricope, *op. cit.*, p. 91.

¹⁵ I. Flămânzeanu, *Elaborarea dreptului asupra legisticii formale*, în Studii de Drept Românesc, an 21 (54), nr. 1, București, ianuarie-martie 2009, pp. 25-39.

¹⁶ I. Neagu, *op. cit.*, p. 304.

¹⁷ A se vedea art. 26 alin. (1) și (2) C. pr. pen.

Exercitarea acțiunii civile

Repararea prejudiciului material și/sau moral e face potrivit dispozițiilor legii civile¹⁸.

Acțiunea civilă se exercită în procesul penal fie prin constituirea de parte civilă, fie după ce a fost introdusă din oficiu.

Dreptul de opțiune al persoanei vătămate pentru repararea prejudiciului prin săvârșirea infracțiunii

- constituie dreptul acesteia de a alege între exercitarea acțiunii civile în fața instanței civile sau constituirea de parte civilă în cadrul procesului penal¹⁹.

Pentru a exista acest drept la opțiune, trebuie să existe atât procesul penal, prin punerea în mișcare a acțiunii penale, cât și posibilitatea exercitării acțiunii civile la o instanță civilă.

Limitarea dreptului la opțiune este dat:

1) când persoana vătămată prin infracțiune este o persoană lipsită de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, sau când acțiunea civilă s-a exercitat din oficiu în cadrul procesului penal;

2) când persoana vătămată prin infracțiune a transmis dreptul la repararea prejudiciului unei alte persoane, convențional, aceasta nemaiputând exercita acțiunea civilă în cadrul procesului penal, ci numai prin acțiune separată în fața instanței civile²⁰.

Dreptul de opțiune al persoanei fizice sau juridice prejudiciate prin infracțiune este irevocabil, în principiu, ceea ce înseamnă că nu poate renunța la acela pentru care a optat inițial, sancțiunea fiind pierderea dreptului de a obține repararea prejudiciului²¹.

Excepții de la caracterul irevocabil al dreptului la opțiune:

1) când persoana vătămată sau succesorii acesteia care s-au constituit parte civilă în procesul penal poate/pot părăsi instanța penală, mergând la instanța civilă în următoarele situații:

a) urmărirea penală/judecata au fost suspendate²².

b) când s-a dispus de către procuror clasarea, în acest caz, persoana vătămată putând să se adreseze instanței civile, care nu este ținută de soluția dată la urmărirea penală.

c) când s-a lăsat nesoluționată acțiunea civilă de către instanța penală în cazurile de achitare a inculpatului sau de încetare a procesului penal²³ sau când a admis acordul de recunoaștere a vinovăției și nu există nicio tranzacție sau mediere cu privire la acțiunea civilă²⁴.

¹⁸ Art. 19 alin. (5) C. pr. pen.

¹⁹ M. Udrioiu, *Procedură penală. Partea generală. Noul Cod de procedură penală*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 110.

²⁰ Art. 20 alin. (7) C. pr. pen., a se vedea M. Udrioiu, *op. cit.*, p. 110.

²¹ „*Electa una via non datur recursus ad alteram*”.

²² A se vedea art. 312 C. pr. pen., respectiv 367-368 C. pr. pen. În aceste cazuri, partea civilă nu este obligată să aștepte reluarea procesului penal, ea putând să se adreseze instanței civile. În situația reluării procesului penal, acțiunea introdusă în instanța civilă se suspendă până la rezolvarea în prima instanță a cauzei penale, dar nu mai mult de 1 an – art. 27 alin. (3) și (7) C. pr. pen.

²³ Cf. art. 16 alin. (1) lit. b) teza I, e), f), g), i) și j) C. pr. pen.

²⁴ M. Udrioiu, *op. cit.*, p. 111.

Lăsarea nesoluționată a acțiunii civile de către instanța penală mai are loc în situația în care moștenitorii/succesorii în drepturi/lichidatorii părții civile nu își exprimă opțiunea de a continua exercitarea acțiunii civile sau în situația în care partea civilă nu indică în termen de cel mult 2 luni moștenitorii/succesorii în drepturi/lichidatorii părții responsabile civilmente de la data decesului/reorganizării/dizolvării părții civile/părții responsabile civilmente.

În afară de aceste excepții, partea civilă din procesul penal, dacă părăsește sau renunță la pretențiile civile, pierde dreptul de a obține acoperirea daunelor/nu mai poate introduce acțiunea civilă la instanța civilă pentru aceleași pretenții.

2) Persoana prejudiciată material/moral prin săvârșirea infracțiunii, care a exercitat acțiunea civilă în fața instanței civile, poate părăsi această cale și poate exercita acțiune civilă în cadrul procesului penal când:

a) acțiunea penală a fost pusă în mișcare după exercitarea acțiunii civile la instanța civilă²⁵.

b) în cazul în care procesul penal a fost reluat după suspendare sau urmărirea penală a fost reluată după redeschidere²⁶, cu mențiunea că nu este obligatorie revenirea persoanei vătămate în procesul penal, însă acțiunea civilă în fața instanței civile suspendându-se până la rezolvarea în primă instanță a cauzei penale, dar nu mai mult de 1 an.

Cu toate acestea, conform art. 27 alin. (4) C. pr. pen., persoana vătămată nu poate părăsi instanța civilă, dacă aceasta a pronunțat o hotărâre nedefinitivă, această dispoziție a Codului de procedură penală fiind explicată prin „necesitatea evitării pronunțării unor soluții contrare”²⁷.

Astfel, dacă persoana prejudiciată prin săvârșirea infracțiunii părăsește instanța civilă în alte situații decât cele expuse mai sus, pierde dreptul de a obține acoperirea daunelor pe cale judiciară.

Menționăm că hotărârea definitivă a instanței penale (indiferent de soluție) are autoritate de lucru judecat în fața instanței civile care judecă acțiunea civilă, referitor la existența faptei și a persoanei care a săvârșit-o²⁸.

Exercitarea acțiunii civile din oficiu

Acțiunea civilă se exercită și din oficiu alături de acțiunea penală, în acest caz dreptul de opțiune legat de rezolvarea acțiunii civile în procesul penal sau la instanța civilă nemaifiind valabil.

Exercitarea din oficiu a acțiunii civile se face (cf. art. 19 alin. (3) C. pr. pen.): *de reprezentantul legal, de procuror*, când persoana vătămată nu are capacitate de exercițiu sau are capacitate de exercițiu restrânsă, de unde rezultă că acțiunea civilă are caracter oficial (exercitarea acțiunii civile fiind obligatorie); excepție – când nu se solicită de către

²⁵ I. Neagu, *op. cit.*, p. 321; astfel, în această situație, nu este vorba de o excepție de la regula *electa una via*, întrucât persoana vătămată prin săvârșirea infracțiunii nu avea posibilitatea de a alege una dintre căi, respectiv penală sau civilă, singura cale fiind introducerea acțiunii civile la instanța civilă; a se vedea și N. Volonciu, Andreea Simona Uzlău ș.a., *op. cit.*, p. 125.

²⁶ I. Neagu, *op. cit.*, p. 321.

²⁷ Gr. Teodoru, *Drept procesual penal român. Partea generală*, Universitatea „Al. I. Cuza”, Facultatea de Drept, Iași, 1971, vol. I, p. 287.

²⁸ M. Udriou, *op. cit.*, p. 124; a se vedea art. 28 alin. (1) C. pr. pen.

reprezentantul legal al persoanei vătămate lipsite de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, repararea prejudiciului.

În cazul în care prejudicierea persoanelor arătate mai sus rezultă din încălcarea unui contract, încălcare ce constituie infracțiune, acțiunea civilă poate avea ca temei fie răspunderea civilă contractuală, fie răspunderea civilă delictuală²⁹, în funcție de calea pe care o alege partea civilă.

Având în vedere dispozițiile confuze din art. 25 și 397, propunem *de lege ferenda* ca acțiunea civilă să fie exercitată din oficiu în următoarele cazuri:

1) când persoana vătămată nu are capacitatea de exercițiu sau are capacitate de exercițiu restrânsă, acțiunea civilă este exercitată în numele acesteia de către reprezentantul legal sau de procuror;

2) în cazul în care instanța se pronunță din oficiu, fără să existe constituire de parte civilă, cu privire la desființarea totală sau parțială a unui înscris, restabilirea situației anterioare săvârșirii infracțiunii sau restituirea lucrului.

Exercitarea acțiunii civile la instanța civilă

Are loc atunci când persoana prejudiciată prin infracțiune a optat pentru această cale sau când nu există posibilitatea alăturării acțiunii civile celei penale.

Codul de procedură penală prevede cazuri speciale de exercitare a acțiunii civile în fața instanței civile:

1) persoana vătămată sau succesorii acesteia care nu s-au constituit părți civile în cadrul procesului penal, pot exercita acțiune civilă la instanța civilă³⁰.

2) persoana vătămată sau succesorii acesteia care s-au constituit parte civilă în cadrul procesului pot introduce acțiune civilă la instanța civilă, dacă instanța penală a lăsat nesoluționată acțiunea civilă³¹.

În toate cazurile în care acțiunea civilă a rămas nesoluționată, probele administrate în cursul procesului penal pot fi folosite în fața instanței civile.

3) În cazul în care procurorul a exercitat din oficiu acțiune civilă, dar se constată din probe noi că prejudiciul nu a fost acoperit integral, diferența poate fi cerută în fața instanței civile³².

Menționăm că nu este relevant dacă aceste probe noi existau și în timpul procesului penal, iar procurorul nu a făcut demersuri suficiente pentru a lua cunoștință de acestea sau pur și simplu nu a cunoscut existența lor. Deci, concluzionăm că lipsa de diligență nu poate fi imputată părții civile (lipsite de capacitatea de exercițiu sau cu capacitatea de exercițiu restrânsă) în obținerea probelor necesare pentru stabilirea prejudiciului integral³³.

²⁹ C. Stătescu, *Cu privire la raportul dintre norma de drept procesual și norma de drept substanțial. Implicații referitoare la cumulul răspunderii civile delictuale cu răspunderea contractuală*, în RRD, nr. 5/1981, p. 7-13; a se vedea și R. Sanielevici, *Dreptul la acțiune între temeiul contractual și cel delictual al răspunderii civile*, în RRD nr. 2/1967, p. 42.

³⁰ Art. 27 alin. (1) C. pr. pen.

³¹ Art. 27 alin. (2) C. pr. pen.; art. 16 alin. (1) lit. b) teza I, art. 16 alin. (1) lit. e), f), g), i) și j) C. pr. pen.

³² M. Udrioiu, *op. cit.*, p. 126; N. Volonciu, Andreea Simona Uzlău ș.a., *op. cit.*, p. 89, art. 27 alin. (5) C. pr. pen.; I. Neagu, *op. cit.*, p. 325.

³³ I. Flămânzeanu, D. Barbu, *The social danger – essential condition for applying the preventive arrest measure. Case study*, in The International Conference European Union's History, Culture and Citizenship, 8th ed., C.H. Beck, 2015, p. 50.

4) În cazul nașterii sau descoperirii unui prejudiciu după constituirea persoanei vătămate ca parte civilă³⁴.

În acest caz, momentul de referință este cel al constituirii de parte civilă, și nu cel al pronunțării hotărârii de către instanța de fond, deoarece, după începerea cercetării judecătorești, partea civilă nu mai poate solicita despăgubiri noi în cadrul procesului penal³⁵.

Dacă prejudiciul era născut și descoperit la momentul constituirii de parte civilă în cadrul procesului penal, iar partea civilă nu l-a solicitat, se prezumă/consideră că a renunțat la repararea lui³⁶.

De asemenea, despăgubirea poate fi mărită, redusă sau înlăturată, dacă, după stabilirea ei, prejudiciul s-a mărit/micșorat/încetat³⁷.

De reținut că dispozițiile art. 27 alin. (6) C. pr. pen. trebuie completate cu dispozițiile art. 20 alin. (5) lit. b) C. pr. pen., astfel partea civilă poate mări sau micșora întinderea pretențiilor până la terminarea cercetării judecătorești.

5) În cazul în care persoana prejudiciată prin săvârșirea infracțiunii a transmis dreptul la repararea prejudiciului unei alte persoane, pe cale convențională, înainte de constituirea ca parte civilă în procesul penal, caz în care acțiunea civilă se poate exercita numai în fața instanței civile³⁸. Dacă transmiterea dreptului la despăgubiri a avut loc după constituirea ca parte civilă a persoanei vătămate, atunci dobânditorul poate continua acțiunea civilă pornită deja în cadrul procesului penal³⁹.

³⁴ Art. 27 alin. (6) C. pr. pen.

³⁵ I. Flămânzeanu, *Doctrina ca izvor de drept*, în „Studii de drept românesc”, Anul 22 (55), Nr. 1, ianuarie-martie 2010, pp. 23-31.

³⁶ N. Volonciu, A.S. Uzlău, *op. cit.*, p. 85

³⁷ Art. 1386 alin. (4) C. civ.

³⁸ Art. 20 alin. (7) C. pr. pen.

³⁹ N. Volonciu, A.S. Uzlău, *op. cit.*, p. 67.

GARANȚII LEGALE PRIVIND BUNA CONDUITĂ A PERSOANEI ACUZATE ÎN CADRUL PROCESULUI PENAL

*Nadia CANTEMIR-STOICA**

Abstract:

This paper you would like to identify after analyzing the rules on criminal substantially, that we find in the Criminal Code and special laws, institutions may be incidents if the accused person in criminal proceedings choose to conduct themselves collaboration with judicial bodies.

If the suspect or defendant provides relevant information to establish the truth in a criminal case, the legislature considered that may be incidents following institutions depending on when procedural in which exhibit such conduct: cases of unpunished cases of reduction of sentence, mitigating circumstances.

Given the fairly wide limits prescribed by law for the offense it is in the interest of the accused person to opt for such conduct in order to benefit from these legal guarantees, to the extent that it is considered guilty of a certain crime.

Keywords: *defendant, nepedespire concerned, concerned mitigating extenuating circumstances*

Plecând de la aforismul, **Legea nu iartă, dar judecătorii da**¹, și în raport de realitățile juridice actuale în care colaborarea cu organele judiciare *de către* persoanele care au nesocotit normele de drept substanțial este într-un trend ascendent, am încercat să identificăm dispozițiile de drept material și drept procedural pe care legiuitorul le-a reglementat în vederea atribuirii unui regim favorabil actorului care alege să coopereze cu anchetatorii și cu instanța de judecată.

Din perspectiva noastră, conduita persoanei acuzate, reprezintă un factor determinant în viziunea organului judiciar care urmează să aplice o soluție în cauza *pendinte*. Astfel, atitudinea actorului principal al procesului penal poate fi valorificată cu ocazia individualizării pedepsei ca o cauză de reducere, o cauză de impunitate ori ca o circumstanță atenuantă.

În cazul săvârșirii unei infracțiuni, instanța de judecată este singura în măsură să înfăptuiască nemijlocit opera de individualizare a pedepsei pentru infractorul care a comis acea infracțiune, având deplina libertate de acțiune în vederea realizării acestei operațiuni².

Astfel, potrivit art. 74 C. pen., legiuitorul a instituit în sarcina instanței de judecată, ca în procesul individualizării pedepsei să se orienteze după anumite criterii generale,

* Avocat definitiv în cadrul Baroului București, doctorand la disciplina drept procesual penal în cadrul Școlii doctorale a Universității Nicolae Titulescu sub coordonarea prof. dr. Ion Neagu; e-mail: av.nadiacantemir@yahoo.com.

¹ <http://subiecte.citatepedia.ro/despre.php?s=justi%FEie>.

² I. Pascu, V. Dobrinou, M.A. Hotca ș.a., *Noul Cod penal comentat. Partea generală*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 451.

reținând printre altele și conduita acuzatului după săvârșirea infracțiunii și în cursul procesului penal.

Procesul de individualizare a pedepsei reprezintă unul dintre cele mai dificile mecanisme prin care magistratul restabilește ordinea de drept încălcată, fiind imperios necesar ca soluția aplicată să fie una legală și temeinică.

Separat de criteriile generale de individualizare pe care le regăsim în cadrul art. 74 C. pen., în Codul penal, în Codul de procedură penală, cât și în legile speciale întâlnim criterii speciale de individualizare a pedepsei, norme necesar a fi avute în vedere de instanța de judecată la momentul deliberării în camera de chibzuință pentru a se da eficiență principiului legalității atunci când se stabilește pedeapsa.

Conduita infractorului în desfășurarea procesului penal reprezintă un element important și în legislația altor state. Astfel, în Codul penal italian, în cadrul art. 133, instanțele de judecată trebuie să analizeze înainte de a stabili pedeapsa ce urmează a fi aplicată infractorului conduita vinovatului de dinaintea, simultană și ulterioară săvârșirii infracțiunii.

Totodată, potrivit Codului penal german (art. 46), se instituie sarcina instanței ca la personalizarea pedepsei să examineze motivele și scopurile făptuitorului, conduita astfel cum reiese din fapta săvârșită, antecedentele, situația personală și materială și, nu în ultimul rând, conduita acestuia după săvârșirea faptei, eforturile pentru a înlătura paguba pricinuită, cât și eforturile de a ajunge la o înțelegere cu victima infracțiunii.

În urma periplului desfășurat de-a lungul legislației penale și procesual penale am identificat mai multe împrejurări ce țin de buna conduită a persoanei acuzate ce pot fi valorificate în procesul de individualizare a pedepsei, pe care urmează să le expunem pentru a face o analiză temeinică.

I. Cazurile speciale de reducere a pedepsei reprezintă o ficțiune a legiuitorului prin care îi este aplicat un regim favorabil prin reducerea pedepsei persoanei acuzate care optează în vederea unei bune conduite în desfășurarea procesului penal

1. Art. 367 alin. (5) C. pen. denumit marginal **constituirea unui grup infracțional organizat** instituie o cauză specială de reducere a pedepsei *dacă persoana care a săvârșit una dintre faptele prevăzute în alin. (1)-(3) înlesnește, în cursul urmăririi penale, aflarea adevărului și tragerea la răspundere penală a unuia sau mai multor membri ai unui grup infracțional organizat, limitele speciale ale pedepsei se reduc la jumătate.*

Observăm că legiuitorul a considerat oportun să confere un tratament sancționator avantajos pentru cel care a inițiat sau a constituit un grup organizat ori a aderat sau a sprijinit un astfel de grup, limitele speciale ale pedepsei reducându-se de la un an la 5 ani la 6 luni – 2 ani și jumătate.

Ratio legis a normei supuse atenției rezidă în încurajarea persoanelor care, deși au nesocotit dispoziția de conformare a conduitei, identifică gravitatea acțiunilor sale și aleg ca o bună conduită să îi profite în desfășurarea procesului penal, și anume sprijină organul de urmărire penală prin informațiile pe care le cunoaște să se afle adevărul în cauza respectivă și astfel să fie trași la răspundere penală ceilalți membri ai grupului infracțional organizat.

Un element notabil pe care trebuie să îl reținem vizează momentul la care acuzatul poate să efectueze demersuri pentru a beneficia de această cauză de reducere a pedepsei, și anume numai în prima fază a procesului penal, respectiv urmărirea penală. Așadar, redactorii normei penale speciale au considerat că inculpatul trebuie să fie recompensat pentru această atitudine pozitivă, de cooperare, dacă alege să ofere informații în faza urmăririi penale, aducând un aport benefic aflării adevărului.

Deși infracțiunea săvârșită este una destul de gravă, din rațiuni de politică penală, legiuitorul a considerat, punând în balanță identificarea altor membri care au comis infracțiuni grave sub egida unui grup infracțional organizat, că este oportun să fie pedepsit mai blând cel care alege să dea declarații cu privire la identitatea celor care au contribuit la încălcarea normelor penale.

2. Art. 411 C. pen. denumit marginal **cauze de reducere a pedepsei** este reglementat în cadrul **Titlului X – Infracțiuni contra securității naționale**, în care legislatorul stabilește că *dacă persoana care a săvârșit una dintre infracțiunile prevăzute în prezentul titlu înlesnește, în cursul urmăririi penale, aflarea adevărului și tragerea la răspundere penală a autorului sau a participanților, limitele speciale ale pedepsei se reduc la jumătate.*

Observăm că legiuitorul a ales același tratament sancționator, ca în cazul săvârșirii infracțiunii de constituire a unui grup infracțional organizat, pentru inculpatul sau suspectul care optează pentru colaborarea cu organele de urmărire penală, oferind informații utile în vederea aflării adevărului, cu privire la alți participanți care au înfrânt legea penală.

Raportându-ne la infracțiunile legiferate în cadrul Titlului X al Codului penal, observăm că limitele de pedeapsă sunt destul de aspre, de la 1 la 25 de ani, sens în care acest artificiu oferit celui care a violat norma penală, respectiv reducerea limitelor de pedeapsa la jumătate este un factor însemnat care îl poate influența în vederea alegerii unei bune conduite de cooperare cu organele de urmărire penală.

Constatăm că și această cauză de reducere a pedepsei, poate fi valorificată numai în faza urmăririi penale, sens în care acuzatul trebuie să analizeze dacă ar fi oportună sau nu o astfel de conduită, privind în perspectiva aplicării unei pedepse la finele procesului penal.

3. Art. 15 din Legea nr. 143/2000 privind prevenirea și combaterea traficului și consumului ilicit de droguri instituie o cauză de reducere a pedepsei dacă *persoana care a comis una dintre infracțiunile prevăzute la art. 2-9, iar în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit infracțiuni legate de droguri beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege.*

Observăm că legislatorul a adoptat același concept de politică penală și în materia unor infracțiuni foarte grave, cum ar fi traficul și consumul ilicit de droguri, oferind acuzatului posibilitatea de a beneficia de înjumătățirea limitelor de pedeapsă, în măsura în care după ce i s-a adus la cunoștință acuzația formulată împotriva sa, să opteze pentru cooperarea cu organele de urmărire penală.

Ca în cele două cazuri reglementate de Codul penal, și în această ipoteză, momentul procesual în care suspectul sau inculpatul poate să opteze pentru o conduită de colaborare este cel al urmăririi penale.

În practica de specialitate, s-a ridicat următoarea problemă cu privire la înțelesul sintagmei *facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane*, în sensul de a stabili dacă simplul denunț formulat este suficient pentru a beneficia de această cauză de reducere a pedepsei.

Într-o decizie de speță recentă, ÎCCJ, prin hotărârea nr. 158/A din 13 aprilie 2016, a reținut ca fiind întemeiată solicitarea vizând aplicarea art. 19 din Legea nr. 682/2002, cu consecința reducerii cuantumului pedepselor aplicate.

Conform art. 19 din Legea nr. 682/2002, cu corecturile de constituționalitate aduse prin Decizia nr. 67/2015 a Curții Constituționale a României, beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege persoana care „denunță și facilitează tragerea la răspundere penală” a unei persoane care a săvârșit o infracțiune gravă. În speță, inculpatul a denunțat persoane care au comis infracțiuni de evaziune fiscală și spălare a banilor, facilitând astfel tragerea la răspundere penală a acestora. Pentru aplicarea prevederilor art. 19 din Legea nr. 682/2002 nu este necesar să se fi întocmit rechizitoriu de către procuror; este suficient ca denunțul să conțină datele necesare care să fi determinat începerea urmăririi penale de către procuror, iar aceste date există, astfel cum rezultă din copia denunțului atașată adresei parchetului³.

Observăm că art. 19 din Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor conține aceeași sintagmă evocată supusă analizei, sens în care *mutatis mutandis* se va aplica aceeași interpretare cu privire la consecințele necesar a se produce pentru ca suspectul sau inculpatul să beneficieze de reducerea limitelor de pedeapsă. Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că este suficient ca procurorul să dispună începerea urmăririi penale sub aspectul săvârșirii infracțiunii denunțate fără a preciza dacă urmărirea trebuie începută *in rem* sau *in personam*, însă opinia noastră, îmbrățișează a doua teză, respectiv de atribuire a calității de suspect unei persoane, întrucât prin acest mecanism procesual, declarația a fost susceptibilă de a ajuta la identificarea și tragerea la răspundere penală a unei persoane.

Din perspectiva practicii, de multe ori am întâmpinat dificultăți cu privire la reținerea acestor cauze de reducere a pedepsei, întrucât emitentul adresei nu specifică clar care a fost finalitatea declarației date de denunțator, iar instanțele de judecată se aflau în imposibilitate de a aplica această dispoziție legală. Așa cum am precizat anterior, este suficient să se dispună efectuarea în continuare a urmăririi penale față de o persoană, pentru a beneficia de această cauză de atenuare a pedepsei iar acest aspect trebuie menționat clar în adresa care emană de la unitatea de parchet competentă.

În opinia noastră, acuzatul care alege să dea aceste declarații organelor de urmărire penală nu este obligatoriu să indice o anumită persoană care săvârșește una dintre infracțiunile prevăzute de la art. 2 la art. 9 din Legea nr. 143/2000, fiind suficient să ofere spre exemplu informații cu privire la un transport de droguri care urmează să fie efectuat la o anumită dată, într-o anumită locație, ducând astfel la capturarea cantității de stupefiante și la identificarea celor care au nesocotit norma penală.

³ A se vedea Dec. nr. 158/A din 13 aprilie 2016 – <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=130100>.

4. Art. 30 din Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului instituie o cauză de reducere a pedepsei. Astfel, *persoana care a comis infracțiunea prevăzută la art. 29, iar în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor participanți la săvârșirea infracțiunii beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege.*

Observăm și în această dispoziție supusă analizei, același tratament sancționator pentru suspectul sau inculpatul care optează pentru o bună conduită în desfășurarea procesului penal, și anume aducerea la cunoștința autorităților a informațiilor pe care le cunoaște în legătură cu săvârșirea infracțiunii de spălare de bani. Acest comportament pentru a se bucura de consecințe juridice atenuante a pedepsei, este necesar a se manifesta în faza urmăririi penale.

5. Art. 19 din O.U.G. nr. 43/2002 privind Direcția Națională Anticorupție reglementează o cauză de atenuare a pedepsei incidentă atunci când *persoana care a comis una dintre infracțiunile atribuite prin prezenta ordonanță de urgență în competența Direcției Naționale Anticorupție, iar în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit astfel de infracțiuni beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege.*

Textul supus analizei evocă aceeași rațiune a legiuitorului în vederea acordării acestui beneficiu legal celui care optează să colaboreze cu organele de urmărire penală. Astfel, o persoană care a săvârșit o infracțiune ce cade sub incidența O.U.G. nr. 43/2002 privind Direcția Națională Anticorupție și care alege să ofere informații relevante ce pot duce la aflarea adevărului cu privire la alte infracțiuni ce cad sub egida aceleiași ordonanțe, va beneficia de reducerea limitelor de pedeapsă la jumătate.

6. Art. 15 din Ordonanța de Urgență de Guvernului 78/2016 pentru organizarea și funcționarea Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative care a modificat mai multe articole din Legea nr. 508/2004 privind înființarea, organizarea și funcționarea în cadrul Ministerului Public a Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, instituie o cauză de atenuare a pedepsei, astfel: *persoana care a comis una dintre infracțiunile prevăzute de prezenta ordonanță de urgență în competența Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, iar în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor participanți la săvârșirea infracțiunii beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege.*

Menționăm faptul că acest text se regăsea în cadrul art. 18 din Legea nr. 508/2004 privind înființarea, organizarea și funcționarea în cadrul Ministerului Public a Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, fiind preluat *in integrum* de ordonanța evocată.

Astfel, ori de câte ori, o persoană săvârșește o infracțiune care cade sub aria de incidență a DIICOT, având în vedere gravitatea faptelor ce sunt instrumentate de această unitate de parchet, acuzatul are posibilitatea, dacă aduce la cunoștința anchetatorilor în faza urmăririi penale informații cu privire la încălcarea normelor legale, iar acestea sunt îndestulătoare pentru tragerea la răspundere penală a altor participanți, să beneficieze de reducerea limitelor de pedeapsă la jumătate.

7. Art. 10 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale reglementează o cauză de reducere a pedepsei în măsura în care sunt îndeplinite următoarele condiții: *(1) În cazul săvârșirii unei infracțiuni de evaziune fiscală prevăzute la art. 8 și 9, dacă în cursul urmăririi penale sau al judecării, până la primul termen de judecată, inculpatul acoperă integral pretențiile părții civile, limitele prevăzute de lege pentru fapta săvârșită se reduc la jumătate. (2) Dispozițiile prevăzute la alin. (1) nu se aplică dacă făptuitorul a mai săvârșit o infracțiune prevăzută de prezenta lege într-un interval de 5 ani de la comiterea faptei pentru care a beneficiat de prevederile alin. (1).*

Analizând dispoziția legală enunțată observăm că persoana acuzată poate beneficia de această cauză de reducere a pedepsei în măsura în care, pe de o parte achită integral pretențiile părții civile și pe de altă parte, acest demers este înfăptuit fie în faza urmăririi penale, în procedura de camera preliminară sau cel mai târziu în faza de judecată, până la primul termen de judecată cu procedura completă.

Pentru că în practica instanțelor de judecată s-a ivit o problemă controversată cu privire la cuantumul prejudiciului care trebuie achitat de către inculpat, Înalta Curte de Casație și Justiție, în exercitarea rolului de unificator al practicii judiciare, a pronunțat un recurs în interesul legii. Astfel, prin Decizia nr. 17 din 5 octombrie 2015, ÎCCJ a statuat că în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 19 C. pr. pen. stabilește: *în cauzele penale având ca obiect infracțiunile de evaziune fiscală prevăzute în Legea nr. 241/2005, instanța, soluționând acțiunea civilă, dispune obligarea inculpatului condamnat pentru săvârșirea acestor infracțiuni la plata sumelor reprezentând obligația fiscală principală datorată și la plata sumelor reprezentând obligațiile fiscale accesorii datorate, în condițiile Codului de procedură fiscală.*

Aplicând interpretarea dată de ÎCCJ *mutatis mutandis* la cauza de reducere a pedepsei pe care o regăsim în cadrul art. 10 din Legea nr. 241/2005, apreciem că trebuie să operăm cu aceeași interpretare în sensul că suspectul sau inculpatul pentru a beneficia de această reducere de pedeapsă se impune să achite tot prejudiciul solicitat de partea civilă, respectiv obligațiile fiscale principale, cât și cele accesorii datorate.

O altă problemă de drept întâlnită în practica instanțelor de judecată vizează caracterul acestei cauze de reducere a pedepsei, și anume dacă reprezintă o circumstanță cu caracter personal sau real. Astfel, se ridică întrebarea dacă într-o cauză sunt cercetați doi coinalpați sau un inculpat și un complice și numai un singur participant la săvârșirea infracțiunii achită prejudiciul integral, li se poate aplica și celorlalți această cauză de reducere a pedepsei?

Menționăm faptul că norma evocată face obiectul sesizării Completului pentru dezlegarea unor probleme de drept, urmând ca în luna februarie a anului în curs să se pronunțe ÎCCJ. Observăm că legiuitorul a aruncat o plasă de mister întrucât nu ne

precizează care este beneficiarul cauzei atunci când sunt mai mulți participanți la activitatea infracțională iar prejudiciul este achitat integral de unul dintre aceștia.

Ne amintim că prin Decizia nr. 573 din 2011 Curtea Constituțională atunci când a dispus că art. 74¹ VCP este neconstituțional a reținut că *o problemă deosebită o ridică situația în care există mai mulți participanți la săvârșirea vreuneia dintre infracțiunile enumerate în acest text, iar prejudiciul este reparat doar de un singur participant. De vreme ce nu a fost definit în mod univoc natura juridică a textului legal criticat, nu este pe deplin clar dacă și în ce măsură pot fi aplicabile dispozițiile art. 28 C. pen. referitoare la circumstanțele personale și reale și potrivit căruia termenul de circumstanțe are un înțeles larg, incluzând toate împrejurările care atenuează sau agravează răspunderea penală (inclusiv cauzele de reducere sau de nepedepsire).*

Din perspectiva noastră, acoperirea prejudiciului se răsfrânge în mod direct asupra conduitei procesuale a fiecărui participant în parte, care depune eforturi pentru acoperirea pagubei produse, sens în care numai acela care va achita integral prejudiciul va beneficia de cauza de reducere a limitelor de pedeapsă.

Trebuie să avem în vedere că art. 10 din Legea nr. 241/2005 a suferit modificări, în sensul că textul înainte de 1 februarie 2014 avea următorul conținut *(1) În cazul săvârșirii unei infracțiuni de evaziune fiscală prevăzute de prezenta lege, dacă în cursul urmăririi penale sau al judecării, până la primul termen de judecată, învinuitul ori inculpatul acoperă integral prejudiciul cauzat, limitele pedepsei prevăzute de lege pentru fapta săvârșită se reduc la jumătate. Dacă prejudiciul cauzat și recuperat în aceleași condiții este de până la 100.000 euro, în echivalentul monedei naționale, se poate aplica pedeapsa cu amendă. Dacă prejudiciul cauzat și recuperat în aceleași condiții este de până la 50.000 euro, în echivalentul monedei naționale, se aplică o sancțiune administrativă, care se înregistrează în cazierul judiciar.*

În mod evident, această normă în forma anterioară modificării poate fi aplicată ca lege penală mai favorabilă, în măsura în care suspectul sau inculpatul a dat dovadă de un comportament de cooperare în sensul de achitare a prejudiciului.

8. Art. 19 din Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor, reglementează o cauză de reducere a pedepsei diferită de cele enumerate până în prezent. Astfel, *persoana care are calitatea de martor, în sensul art. 2 lit. a) pct. 1, și care a comis o infracțiune gravă, iar înaintea sau în timpul urmăririi penale ori al judecării denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit astfel de infracțiuni beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege.*

Art. 2 al Legii nr. 682/2002, este important de menționat pentru că aduce în atenția noastră, o interpretare legală, pentru a identifica ce înțelegem prin noțiunea de martor. Astfel, *în prezenta lege termenii și expresiile de mai jos au următorul înțeles:*

a) martorul este persoana care se află în una dintre următoarele situații:

1. are calitatea de martor, potrivit Codului de procedură penală, și prin declarațiile sale furnizează informații și date cu caracter determinant în aflarea adevărului cu privire la infracțiuni grave sau care contribuie la prevenirea producerii ori la recuperarea unor prejudicii deosebite ce ar putea fi cauzate prin săvârșirea unor astfel de infracțiuni;

2. fără a avea o calitate procesuală în cauză, prin informații și date cu caracter determinant contribuie la aflarea adevărului în cauze privind infracțiuni grave sau la prevenirea producerii unor prejudicii deosebite ce ar putea fi cauzate prin săvârșirea unor astfel de infracțiuni ori la recuperarea acestora; în această categorie este inclusă și persoana care are calitatea de inculpat într-o altă cauză;

3. se află în cursul executării unei pedepse privative de libertate și, prin informațiile și datele cu caracter determinant pe care le furnizează, contribuie la aflarea adevărului în cauze privind infracțiuni grave sau la prevenirea producerii ori la recuperarea unor prejudicii deosebite ce ar putea fi cauzate prin săvârșirea unor astfel de infracțiuni.

(...)

h) infracțiunea gravă este infracțiunea care face parte din una dintre următoarele categorii: genocid și infracțiuni contra umanității și infracțiuni de război, infracțiunile contra securității naționale, terorism, omor, infracțiunile privind traficul de droguri, traficul de persoane, traficul de minori, spălarea banilor, falsificarea de monede ori de alte valori, infracțiunile privitoare la nerespectarea regimului armelor, munițiilor, materialelor explozive, nucleare sau al altor materii radioactive, infracțiunile de corupție, precum și orice altă infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii al cărei maxim special este de cel puțin 10 ani.

Analizând dispozițiile care au fost amintite observăm că pentru a beneficia de această cauză de reducere a pedepsei, este necesar ca cel care a dat dovadă de un comportament ilicit față de norma penală, în primul rând să fi săvârșit o anumită infracțiune și în al doilea rând să ofere declarații anchetatorilor în timpul urmăririi penale, sau în faza de judecată (oricând) astfel încât pe baza datelor și informațiilor să se afle adevărul cu privire la săvârșirea unor infracțiuni grave sau să prevină producerea unor fapte grave și, nu în ultimul rând, să ajute la recuperarea unor prejudicii deosebite.

Art. 19 al Legii nr. 682/2002 a făcut obiectul unui control de constituționalitate, iar prin Decizia nr. 67 din 26 februarie 2015, Curtea a statuat că *soluția legislativă reglementată de art. 19 din Legea nr. 682/2002 care exclude de la beneficiul reducerii la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege persoana care are calitatea de martor, în sensul art. 2 lit. a) pct. 1, și care nu a comis o infracțiune gravă este neconstituțională*.

Motivarea Curții Constituționale gravitează în jurul ideii că determinantă pentru acordarea acestui beneficiu al reducerii limitelor de pedeapsă este manifestarea de voință a martorului care denunță și facilitează tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit infracțiuni grave, indiferent de natura și gravitatea faptei comise de martor. Așadar, este încălcat principiul egalității în drepturi, fiind o norma cu caracter discriminator pentru că este exclus de la un drept sau un beneficiu martorul care nu a săvârșit o infracțiune gravă.

II. Cauzele de impunitate pe care le regăsim în Codul penal sau în legile speciale au rolul de a determina persoanele care au nesocotit raportul juridic de conformare să denunțe organelor judiciare faptele săvârșite astfel încât să fie exonerate de răspundere penală

1. Darea de mită (art. 290 C. pen.) este o infracțiune pe care o regăsim în cadrul Titlului V – Infracțiuni de corupție și de serviciu, unde identificăm o cauză de

nepedepsire incidentă atunci când mituitorul denunță fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat cu privire la aceasta.

Această cauză de nepedepsire, pentru a putea opera, este necesar a fi îndeplinite anumite condiții:

- **Denunțarea faptei** poate fi făcută fie prin introducerea unui denunț, fie prin menționarea în cadrul declarației în care mituitorul este urmărit pentru o altă infracțiune, alta decât cea de dare de mită; încunoștințarea poate fi făcută oricărui organ, chiar și unuia incompetent, întrucât acesta din urmă, are obligația de a sesiza organul competent;

- **Denunțul să fie făcut mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat cu privire la fapta de mituire** – această condiție din norma supusă dezbaterii, încurajează cetățenii care au fost atinși de flagelul corupției, să denunțe autorităților fapta sa, astfel încât cel care este subiectul activ al infracțiunii de luare de mită să fie depistat pentru a nu mai săvârși această gravă infracțiune pe viitor.

Un element de maximă noutate, îl vizează art. II, pct. 3 din O.U.G. nr. 13/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal și a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, care introduce un nou alineat la art. 290 C. pr. pen., alin. (3), cu următorul cuprins: ***denunțul se depune la organul de urmărire penală competent în termen de 6 luni de la data săvârșirii faptei prevăzute de legea penală.***

Acest text a intrat în vigoare, fiind publicat în Monitorul Oficial la data de 01 februarie 2017, rațiunea acestei edictări, din perspectiva noastră ar viza determinarea celor care au săvârșit infracțiuni și care vor să beneficieze de cauza de impunitate să încunoștințeze cât mai vinovate. În Monitorul Oficial al României nr. 101 din data de 05 februarie 2017 a fost publicată O.U.G. nr. 14/2017, prin care Guvernul României motivează necesitatea abrogării O.U.G. nr. 13/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal și a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală.

Cu toate acestea, deși textul a fost abrogat, facem o discuție teoretică a instituției supuse analizei.

Din practica organelor judiciare am observat de multe ori că sub umbrela acestei cauze de impunitate și în urma negocierii cu procurorul asupra cursului unui dosar într-o cauză *pendinte*, cel acuzat alege să denunțe fapte care s-au săvârșit cu mulți ani în urmă, cu privire la anumite persoane vizate în mod expres de anchetatori.

Ca un remediu pentru depășirea acestui termen de 6 luni de zile în care poate fi formulat un denunț, ca și condiție generală de valabilitate a denunțului, opinăm că anchetatorii pot valorifica acest mod general de sesizare a organelor de urmărire penală printr-o sesizare din oficiu, urmând ca denunțătorul să fie audiat în calitate de martor.

Se ridică însă întrebarea dacă acesta mai poate beneficia de cauza de impunitate în condițiile în care denunțul nu a fost formulat în termen de 6 luni. Opinia noastră este că nu poate avea valența unei cauze de nepedepsire întrucât nu este îndeplinită condiția de fond a sesizării într-un anumit termen, însă credem că ar putea fi valorificat ca o cauză de reducere a pedepsei pe care o regăsim în legea specială cu privire la identificarea și tragerea la răspundere penală a celor care au săvârșit infracțiuni de corupție (Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor sau O.U.G. nr. 43/2002 privind Direcția Națională Anticorupție).

2. Cumpărarea de influență (art. 292 C. pen.) este infracțiunea incriminată de legiutor prin următoarele modalități: *promisiunea, oferirea sau darea de bani sau alte foloase, pentru sine sau pentru altul, direct ori indirect, unei persoane care are influență sau lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar public, pentru a-l determina pe acesta să îndeplinească, să nu îndeplinească, să urgenteze ori să întârzie îndeplinirea unui act ce intră în îndatoririle sale de serviciu sau să îndeplinească un act contrar acestor îndatoriri.*

În cadrul alineatului al doilea identificăm o cauză de nepedepsire, incidentă în situația în care făptuitorul denunță fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat cu privire la aceasta.

Rațiunea instituirii acestei cauze de nepedepsire a cumpărătorului de influență este dublă. Pe de o parte, s-a avut în vedere că dacă cel care după ce a promis, oferit sau dat banii sau foloasele se autodenunță, înseamnă că regretă fapta, astfel că nu mai prezintă, sub raportul persoanei sale, un pericol social accentuat. Pe de altă parte, s-a ținut seama, de interesul descoperirii și sancționării celor care se fac vinovați de trafic de influență, precum și de interesul prevenirii unor asemenea fapte, prin insuflarea temerii celor care ar fi tentați să-și trafice influența că vor fi denunțați⁴.

3. Nedenunțarea (art. 266 C. pen.) este o infracțiune reglementată în cadrul Titlului IV – Infracțiuni contra înfăptuirii justiției, care incriminează comportamentul delictogen al persoanei care atunci când ia cunoștință de săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală contra vieții sau care a avut ca urmare moartea unei persoane, nu înștiințează de îndată autoritățile.

În cadrul alineatului 3, legislatorul instituie o cauză de nepedepsire, instigând individul care, deși a luat la cunoștință despre săvârșirea unei infracțiuni contra vieții sau care a avut ca urmare moartea unei persoane, înainte de punerea în mișcare a acțiunii penale încunoștințează autoritățile competente despre comiterea faptei, sau chiar după acest moment procesual, înlesnește tragerea la răspundere penală a autorului sau participanților.

Din rațiuni de politică penală, legiutorul a considerat oportun să reglementeze această cauză de nepedepsire având în vedere gravitatea infracțiunilor comise, contra vieții ori care au avut ca urmare moartea unei persoane, și să ofere o pârghie celui care a săvârșit prin omisiune infracțiunea de nedenunțare și să aducă la cunoștința anchetatorilor informațiile pe care le cunoaște.

4. Inducerea în eroare a organelor judiciare (art. 268 C. pen) este o infracțiune reglementată în cadrul Titlului IV – Infracțiuni contra înfăptuirii justiției și poate fi săvârșită de către o persoană cu ocazia formulării unui denunț sau a unei plângeri cu privire la existența unei infracțiuni, deși cunoaște că aceasta este nereală.

În cadrul alineatului 3 identificăm o cauză de exonerare a răspunderii penale, incidentă în ipoteza în care persoana care a săvârșit infracțiunea de inducere în eroare a organelor judiciare declară înainte de reținerea, arestarea, sau punerea în mișcare a

⁴ I. Pascu, V. Dobrinou, M.A. Hotca ș.a., *Noul Cod penal comentat. Partea specială*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 523.

acțiunii penale împotriva celui față de care s-a făcut plângerea, denunțul ori s-au produs probele, că cele semnalate anchetatorilor nu au fundament real.

Pentru a reveni asupra acțiunii reprobabile de inducere în eroare a organelor judiciare și pentru a se evita declanșarea mecanismului procesului penal și luarea unor măsuri preventive față de persoane nevinovate, legiuitorul a considerat oportun reglementarea acestei cauze de exonerare a pedepsei, care poate fi incidentă numai până la un anumit moment procesual, și anume reținerea, arestarea sau punerea în mișcare a acțiunii penale.

5. Deținerea de instrumente în vederea falsificării de valori (art. 314 C. pen.)

este o infracțiune reglementată în cadrul Titlului VI – Infracțiuni de fals, unde regăsim o cauză de nepedepsire incidentă în situația în care persoana, după comiterea infracțiunii de deținerea de instrumente în vederea falsificării de valori, înainte de descoperirea acestora și înainte de a se fi trecut la săvârșirea faptei de falsificare, predă instrumentele sau materialele deținute autorităților judiciare ori încunoștințează aceste autorități despre existența lor.

Această infracțiune vizează de fapt acte premergătoare ale săvârșirii unei fapte prevăzute de legea penală, dar incriminate distinct ca o infracțiune de sine stătătoare. Supunând atenției norma analizată, observăm că redactorii codului au apreciat că poate fi exonerat de răspundere penală cel care deși săvârșește această infracțiune, dându-și seama de gravitatea acțiunilor sale, alege să încunoștințeze organele judiciare și să le predea acestora instrumentele deținute în vederea falsificării de valori.

6. Constituirea unui grup infracțional organizat (art. 367 C. pen.) este o infracțiune reglementată în cadrul Titlului VIII – Infracțiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială, în cadrul căreia identificăm o cauză de impunitate incidentă în ipoteza în care persoana care a comis această infracțiune este exonerată de răspundere penală dacă **denunță autorităților grupul infracțional organizat, înainte ca acesta să fi fost descoperit** și să se fi început săvârșirea vreuna dintre infracțiunile care intră în scopul grupului.

Rațiunea legiuitorului ce a stat la baza edictării acestei norme penale vizează pericolozitatea și gravitatea acestor structuri organizate în vederea violării normei de conformare, care pot fi destructurate cu ajutorul membrilor acestuia care aleg să treacă de partea autorităților judiciare și să reclame identitatea și scopul constituirii aceluia grup.

De cele mai multe ori, separat de această cauză de exonerare a pedepsei, organele judiciare oferă măsuri de protecție a persoanei care și-a exteriorizat voința în sensul de a denunța grupul infracțional organizat, întrucât viața și sănătatea acesteia ar putea fi puse în pericol.

7. Abandonul de familie (art. 378 C. pen.) este o infracțiune reglementată în cadrul Titlului VIII – Infracțiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială, care poate fi săvârșită de către persoana care are obligația legală de întreținere față de cel îndreptățit la întreținere. În cadrul alin. (4) al articolului evocat observăm o **cauză de exonerare a răspunderii penale** în situația în care înaintea terminării urmăririi penale, inculpatul își îndeplinește obligațiile. Deși s-a pus în mișcare acțiunea penală sub

aspectul săvârșirii infracțiunii de abandon de familie și probele duc la concluzia că inculpatul se face vinovat de comiterea acestei infracțiuni, dacă până la finele urmăririi penale își îndeplinește obligațiile, procurorul va dispune clasarea în temeiul dispozițiilor art. 16 lit. h) C. pr. pen. fiind incidentă o cauză de nepedepsire.

8. Împiedicarea accesului la învățământul general obligatoriu (art. 380 C. pen.) este o infracțiune reglementată în cadrul Titlului VIII – Infracțiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială, care poate fi săvârșită de către părintele sau persoana căreia i-a fost încredințat minorul și care, în mod nejustificat, îl reține sau îl împiedică prin orice mijloace să urmeze cursurile învățământului general obligatoriu. Identificăm și de această dată, **o cauză de nepedepsire în cadrul alineatului al doilea** care este incidentă atunci când inculpatul, înainte de terminarea urmăririi penale, asigură reluarea frecventării cursurilor de către minor.

Deși s-a pus în mișcare acțiunea penală sub aspectul săvârșirii infracțiunii de împiedicarea accesului la învățământul general obligatoriu și probele duc la concluzia că inculpatul se face vinovat de comiterea acestei infracțiuni, dacă până la finele urmăririi penale își îndeplinește obligațiile, procurorul va dispune clasarea în temeiul dispozițiilor art. 16 lit. h) C. pr. pen. fiind incidentă o cauză de nepedepsire.

III. Incidența și efectele circumstanțelor atenuante, ce țin de buna conduită a acuzatului în desfășurarea procesului penal

Circumstanțele atenuante, în accepțiunea legii penale, pot fi definite ca fiind acele stări, situații, întâmplări, calități sau alte date ale realității exterioare conținutului infracțiunii, dar care, având legătură fie cu fapta săvârșită, fie cu persoana infractorului, atenuează sau reduce gravitatea faptei ori pericolozitatea infractorului, determinând schimbarea pedepsei, ca natură sau reducerea limitelor speciale ale pedepsei prevăzute în norma de incriminare⁵.

În urma analizei art. 75 C. pen. observăm că aceste circumstanțe sunt împărțite în două categorii:

- **Circumstanțe legale** – art. 75 alin. (1) C. pen., acestea au caracter obligatoriu, întrucât legiuitorul folosește sintagma *următoarele împrejurări constituie circumstanțe...*; în această situație, dacă instanța de judecată a constatat existența vreuneia dintre circumstanțe, este obligată să le aplice;

- **Circumstanțe judiciare** – art. 75 alin. (2) C. pen., acestea au un caracter facultativ, întrucât legiuitorul folosește sintagma *pot constitui circumstanțe atenuante*, ceea ce înseamnă că instanțele de judecată după ce le constată, au facultatea de a le da valența cuvenită sau nu.

Pentru că prezentul studiu, tratează buna conduită a persoanei acuzate în cadrul procesului penal ne vom opri atenția numai asupra anumitor circumstanțe atenuante.

1. Art. 75 alin. (1) lit. d) C. pen. acoperirea integrală a prejudiciului material cauzat prin infracțiune, **în cursul urmăririi penale sau al judecării, până la primul termen de judecată**, dacă făptuitorul nu a mai beneficiat de această circumstanță într-un interval de 5 ani anterior comiterii faptei. **Circumstanța atenuantă nu se aplică în cazul săvârșirii**

⁵ I. Pascu, V. Dobrinioiu, M.A. Hotca ș.a., *Noul Cod penal comentat. Partea generală*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 523.

următoarelor infracțiuni: *contra persoanei, de furt calificat, tâlhărie, piraterie, fraude comise prin sisteme informatice și mijloace de plată electronice, ultraj, ultraj judiciar, purtare abuzivă, infracțiuni contra siguranței publice, infracțiuni contra sănătății publice, infracțiuni contra libertății religioase și respectului datorat persoanelor decedate, contra securității naționale, contra capacității de luptă a forțelor armate, infracțiunilor de genocid, contra umanității și de război, a infracțiunilor privind frontiera de stat a României, a infracțiunilor la legislația privind prevenirea și combaterea terorismului, a infracțiunilor de corupție, infracțiunilor asimilate infracțiunilor de corupție, a celor împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, a infracțiunilor privitoare la nerespectarea regimului materiilor explozive, materialelor nucleare sau al altor materii radioactive, privind regimul juridic al drogurilor, privind regimul juridic al precursorilor de droguri, a celor privind spălarea banilor, privind activitățile aeronautice civile și cele care pot pune în pericol siguranța zborurilor și securitatea aeronautică, privind protecția martorilor, privind interzicerea organizațiilor și simbolurilor cu caracter fascist, rasist sau xenofob și a promovării cultului persoanelor vinovate de săvârșirea unor infracțiuni contra păcii și omenirii, a celor privind traficul de organe, țesuturi sau celule de origine umană, privind prevenirea și combaterea pornografiei și a celor la regimul adopțiilor.*

Pentru a beneficia de această circumstanță atenuantă legală, suspectul sau inculpatul trebuie să dea dovadă de o atitudine pozitivă, în raport cu consecințele infracțiunii, atunci când avem un prejudiciu material, cu excepția infracțiunilor prevăzute expres și limitativ în cadrul art. 75 alin. (1) C. pen.

Totodată, acuzatul trebuie să acopere integral prejudiciul material cauzat prin infracțiune, fie în faza urmăririi penale, în procedura de cameră preliminară sau cel mai târziu până la primul termen de judecată în primă instanță. În măsura în care s-a depășit acest termen legal, și totuși inculpatul a achitat prejudiciul, opinăm că ar putea fi incidentă circumstanța atenuantă judiciară, prevăzută de art. 75 alin. (2) lit. a) – eforturile depuse de infractor pentru înlăturarea sau diminuarea consecințelor infracțiunii.

Din perspectiva noastră, această circumstanță este una personală și va fi incidentă numai în măsura în care participantul este cel care acoperă integral prejudiciul imputat. În măsura în care la activitatea infracțională au participat mai multe persoane, fiecare dintre acestea trebuie să contribuie la achitarea prejudiciului pentru a beneficia de circumstanța atenuantă legală.

Nu în ultimul rând, făptuitorul trebuie să nu mai fi beneficiat de această circumstanță, într-un interval de 5 ani anterior comiterii faptei. *Ratio legis* a acestei norme, are ca temei faptul că atâta timp cât această circumstanță a fost aplicată fără să aibă efectul dorit, adică fără să conducă la corectarea conduitei infractorului față de valorile sociale ce fac obiect de ocrotire penală, există temerea justificată că aceasta nu va avea efectul pozitiv nici în viitor, dacă se va aplica din nou aceluiași infractor⁶.

2. Art. 75 alin. (2) lit. a) C. pen. – eforturile depuse de infractor pentru înlăturarea sau diminuarea consecințelor infracțiunii.

⁶ I. Pascu, V. Dobrinioiu, M.A. Hotca ș.a., *Noul Cod penal comentat. Partea generală*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 468.

Această circumstanță atenuantă se aseamănă cu cea dezbătută anterior, în sensul că în ambele cazuri asistăm la o atitudine pozitivă a infractorului cu privire la consecințele faptelor sale, diferența constând în faptul că în prima ipoteză operăm cu o acoperire integrală a prejudiciului cel mai târziu până la primul termen de judecată în primă instanță, în schimb în cazul celei de a doua, atitudinea acuzatului poate interveni în orice moment procesual, înainte de rămânerea cauzei în pronunțare în apel.

Această circumstanță nu reprezintă altceva decât o căință activă din partea infractorului, care se aseamănă cu împiedicarea producerii rezultatului sau cu împiedicarea săvârșirii infracțiunii, care sunt cauze generale de nepedepsire, însă se deosebește prin aceea că infractorul are o intervenție activă după săvârșirea infracțiunii, după ce rezultatul s-a produs, neavând relevanță dacă fapta a fost descoperită de o altă persoană sau chiar de către autorități.

Din analiza cazurilor din practica judiciară, a fost reținută această circumstanță atenuantă judiciară, în următoarele împrejurări: restituirea bunului sustras, acordarea de ajutor victimei infracțiunii de vătămare corporală sau tentativă la omor, chemarea unei ambulanțe și transportarea la unitatea medicală, plata prejudiciului sau a unor despăgubiri bănești.

3. Efectele circumstanțelor atenuante – art. 76 C. pen.

În cazul în care există circumstanțe atenuante, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea săvârșită se reduc cu o treime. Dacă pedeapsa prevăzută de lege este detențiunea pe viață, în cazul reținerii circumstanțelor atenuante se aplică pedeapsa închisorii de la 10 la 20 de ani. Reducerea limitelor speciale ale pedepsei se face o singură dată, indiferent de numărul circumstanțelor atenuante reținute.

Având în vedere reducerea considerabilă a limitelor de pedeapsă în cazul incidenței vreunei circumstanțe atenuante, acuzatul este direct interesat să aibă o bună conduită în desfășurarea procesului penal, astfel încât la filele judecății, instanța să aprecieze manifestarea de voință exteriorizată și să aplice o pedeapsă cu clemență.

Atunci când limitele speciale ale pedepsei sunt divizibile cu fracția de reducere de $\frac{1}{3}$, calculul noilor limite se face cu ușurință. Spre exemplu, dacă pedeapsa prevăzută de lege este închisoarea de la 6 ani la 12 ani și se rețin circumstanțe atenuante, pedeapsa se va stabili între 4 ani și 8 ani. Problema se ridică atunci când limita special de pedeapsă este exprimată într-un termen pe luni care nu este divizibil cu fracția de reducere, în temeiul dispozițiilor art. 186 alin. (2) C. pen., fracția se va aplica asupra termenului transformat în zile, după care durata obținută se transformă în luni; luna se socotește de 30 de zile și se iau în calcul doar zilele întregi rezultate din aplicarea fracției. Dacă limitele de pedeapsă sunt exprimate în ani se aplică în mod corespunzător mecanismul, transformarea făcându-se între ani și luni. De exemplu, dacă limitele speciale pentru infracțiunea săvârșită sunt de 4 ani și 10 ani, acestea se transformă în luni și devin 48 de luni, respectiv 120 de luni, la care se aplică fracția de reducere și devin 32 - 80 luni, care transformate în ani vor fi 2 ani și 8 luni - 6 ani și 8 luni.

REPERE LEGISLATIVE PRIVIND PROBAȚIUNEA ÎN SPAȚIUL UNINII EUROPENE

Aura PREDA*

Abstract:

The recent criminal legislation, although more generous in terms of criminal sanctions/educational measures involving non-custodial probation services poses a number of difficulties in their application. Therefore, in this article we have tried to identify the sources of legislation that have taken these regulations and how they correlate with the specific legislation.

Keywords: *criminal sanctions, custodial educational measures, parole, probation*

1. Considerații introductive

O primă analiză se referă la utilizarea termenului „probațiune” în legislația, doctrina și jurisprudența din România. Deși, etimologic cuvântul „probațiune” provine din latinescul *probatio*¹ care înseamnă *testare, verificare*, deseori în doctrina și jurisprudența regăsim confuzia cu termenul de *probatoriu*. Acesta din urmă se referă exclusiv la probe, dovezi care se pot propune/încuviința/administra în cadrul unui proces, nicidecum nu vizează sensul explicat anterior pentru conceptul de probațiune. De aceea, recomandăm utilizarea termenului *probatoriu*, și nu *probațiune*, atât magistraților, avocaților, cât și altor categorii de profesii juridice.

Originea probațiunii o găsim în numeroasele tentative făcute de-a lungul timpului de a umaniza sistemul de represiune, mai ales în sistemul common-law. În sistemul romanist, curentul clinic și doctrina apărării sociale – arată prof. R.M. Stănoiu² – readuc în actualitate ideea unor alternative la pedeapsa închisorii, care răspund unui curent nonrepresiv în sistemul justiției penale delimitându-se două opțiuni, una represivă, cealaltă nonrepresivă. Aceasta din urmă include măsurile de siguranță, cele educative, suspendarea executării pedepsei și probațiunea.

În cazul suspendării de tip european și în cazul probațiunii se asigură infractorului un program de tratament de susținere³.

Întrucât sensul actual al probațiune își are rădăcinile în SUA – așa cum vom arăta în paragraful următor – considerăm necesar să precizăm opinia unor autori americani⁴ care

* Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Conf. univ. dr. Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative, Universitatea „Spiru Haret”, București; e-mail: aurapreda7@yahoo.ro;

Lucrarea este elaborată în perioada de sustenabilitate a proiectului cu titlul „Studii doctorale și postdoctorale Orizont 2020: promovarea interesului național prin excelență, competitivitate și responsabilitate în cercetarea științifică fundamentală și aplicată românească”, număr de identificare contract POSDRU/159/1.5/S/140106. Proiectul este cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013. *Investește în Oameni!*

¹ <https://en.wikipedia.org/wiki/Probation>

² R.M. Stănoiu, *Introducere în criminologie*, Ed. Academiei, 1989, București, p. 169.

³ *Idem.*

apreciază că originile probațiunii nu constituie rezultatul unui proces legislativ deliberativ, creativ, ci mai curând reprezintă rezultatul unui proces gradual și aproape imperceptibil de modificare a unor practici legale existente deja. Probațiunea în dreptul penal american se referă la o perioadă de supraveghere dispusă de o instanță pentru un infractor, în loc de a-l trimite la închisoare. În unele jurisdicții, probațiunea presupune numai aplicarea unor pedepse comunitare (alternative la încarcerare), cum ar fi pedepsele cu suspendare, iar în altele, probațiunea include, supravegherea celor eliberați condiționat din închisoare⁵. Un infractor supus probațiunii este obligat să respecte anumite condiții stabilite de către instanță, de multe ori sub supravegherea unui ofițer de probațiune. Pe parcursul perioadei de probă un infractor se confruntă cu amenințarea de a fi încarcerat în cazul în care s-a constatat încălcarea regulilor stabilite de către instanței sau ofițerul de probațiune.

În opinia unor criminologi belgieni⁶, la acest început de mileniu, față de mutațiile apărute în ceea ce privește sistemul pedepselor, al altor sancțiuni de drept penal, dar și raportat la executarea lor, se impun a fi puse în discuție aspecte privind definirea pedepsei care a devenit mai dificilă decât oricând, dar și diversificarea pedepselor și a măsurilor penale asociată cu eterogenitatea crescândă a finalităților. Analize similare se impun la nivel procedural cu privire la tendințele de dezincriminare și de incriminare care, pe de o parte, însoțesc diversificarea pedepselor, iar, pe de altă parte, favorizează o tendință de tranzacționare și chiar de privatizare a intervenției penale.

2. Probațiunea în sistemul de drept common law

O problemă despre care se vorbește foarte puțin sau aproape deloc, este aceea că probațiunea – ca modalitate de sancționare a delincvenților în societate pentru fapte de o gravitate redusă – a apărut în contextul unei politici penale dure, chiar violente în domeniul justiției penale, inclusiv față de minori⁷. Nu întâmplător, originile probațiunii, ca practică a instanțelor de a menține inculpatul condamnat sub supraveghere și sub influența comunității, se găsesc în jurisprudența curților engleze încă de la începutul secolului al XVIII-lea.

În acea epocă, judecătorii, din dorința de a scuti pe condamnat de pedepsele tradiționale ale vremii (tortură, mutilare, pedeapsa capitală etc.)⁸ dispuneau iertarea condiționată și amânarea executării hotărârii.

În acest sens, primul agent de probațiune, în înțelesul modern al termenului, a fost John Augustus (1784-1859), un cizmar din Boston care, în anul 1841, a obținut, la tribunalul din localitate, punerea în libertate a unui delincvent, oferindu-se garant pentru

⁴ R.M. Carter, L.T. Wilkins, *Probation, Parole and Community Corrections*, 2nd ed., John Wiley&Sons, Inc., 1976, p. 82.

⁵ <https://en.wikipedia.org/wiki/Probation>

⁶ D. Kaminski, S. Snackent, M. van de Kerchove, *Mutations dans le champ des peines et de leur execution*, în *Déviance et Société*, 2007, Vol. 31, No 4, p. 487.

⁷ O. Brezeanu, *Sancțiunile neprivative de libertate (I)*, în *Revista de drept penal*, nr. 2/2013, p. 43.

⁸ Până în secolul al XIX-lea, peste 200 de infracțiuni se pedepseau cu moartea, iar minorii erau socotiți după vârsta de 8 ani, infractori adulți. Minorii infractori erau trimiși la aceleași închisori înainte de proces, judecați de aceleași instanțe și condamnați la aceleași pedepse, inclusiv moartea, deportarea sau închisoarea ca și adulții. Nici în secolul al XX-lea minorii nu au fost exonerati de pedepse care includeau prin natura lor și suferințe fizice. Vezi și I. Tanoviceanu, *Curs de drept penal*, vol. II, p. 219.

o conduită adecvată în viitor. Timp de 18 ani, acesta a supravegheat aproape 2000 de infractori, ajutându-i totodată să-și găsească de lucru și să se integreze în comunitate⁹.

Această inițiativă a fost legiferată în anul 1878, când Parlamentul din statul Massachusetts a permis judecătorilor să numească un agent de probațiune pentru orașul Boston, agent monitorizat de șeful poliției. Statul Massachusetts și Anglia au incontestabilul merit de a fi generat sistemul probațiunii în lume¹⁰, pe parcursul celei de-a doua jumătăți a sec. al XIX-lea, în încercarea de a umaniza sistemul justiției penale.

Una dintre formele acesteia se referă la suspendarea pronunțării pedepsei, în cazul în care se îndeplineau anumite condiții (se recunoștea vinovăția, se întrevedea un comportament dezirabil etc.). În practica sistemului Common Law, instituția suspendării judiciare permitea instanțelor să amâne aplicarea pedepsei dând posibilitatea condamnatului să dovedească că își poate îndrepta comportamentul în societate.

În perioada cât rămăneau în libertate, condamnații beneficiau de sprijinul unor voluntari, persoane de încredere din cadrul unei comunități.

În mod analog, instituția cauțiunii pentru bună purtare oferea condamnatului șansa de a rămâne în stare de libertate, în anumite condiții. Astfel, acesta trebuia să-și asume anumite obligații bănești față de stat, care urmau să fie achitate în cazul comiterii unei noi infracțiuni.

În anul 1917, deja 21 de state din SUA aveau reglementată probațiunea pentru adulți¹¹. Ulterior, măsura s-a generalizat în toate statele, cunoscând o evoluție rapidă.

După estimările făcute, probațiunea în Marea Britanie costă doar a 12-a parte din costul necesar deținerii unei persoane în penitenciar, fiind o măsură mult mai eficientă în reducerea recidivei¹².

Concluzionând, în urma practicii îndelungate privind probațiunea, în sistemul common-law, s-au conturat anumite conceptualizări. Astfel, conform Asociației Corecționale Americane¹³ acest concept este susceptibil de mai multe definiții, respectiv, prin raportare la sentință, la instituție (organizație) și la proces.

Prin raportare la sentință, probațiunea reprezintă o dispoziție judiciară/hotărâre judecătorească ce stabilește statutul legal al celui acuzat. Libertatea lui în comunitate este asigurată în continuare, dar devine subiectul unei supervizări, fiind înregistrat în evidența unui serviciu de probațiune și, totodată, subiect aflat într-o condiționare impusă de o instanță¹⁴.

Ca instituție¹⁵, probațiunea vizează o agenție de servicii desemnată să deservască o instanță, executând anumite servicii în administrarea justiției penale.

⁹ E. Stănișor, *Delinvența juvenilă*, Ed. Oscar Print, București, 2003, pp. 105-106.

¹⁰ *Ibidem*, p. 89.

¹¹ E.H. Sutherland, D. Cressey, *Principes de criminologie*, Editions Cujas, Paris, 1966, p. 445, 446; T. Dianu, *Instituția probațiunii în SUA*, în SDR nr. 4/1995, pp. 307-308.

¹² G. Gilles, *Rolul integrării sociale în pedepsirea infractorilor – o cheie a justiției mileniului trei*, în RSP nr. 1/1995, p. 128; A. Yozopoulos Marangopoulos, *Pedeapsa privativă de libertate în optica drepturilor omului* – referat prezentat la cel de-al 42-lea Curs Internațional de Criminologie, Atena, 18-22 decembrie 1989.

¹³ R.M. Carter, L.T. Wilkins, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

Ca proces¹⁶, probațiunea implică o investigare anterioară pronunțării unei hotărâri judecătorești, pentru instanță, dar și monitorizarea persoanelor în comunitate după stabilirea unei hotărâri.

3. Probațiunea în sistemul de drept romano-germanic

Spre deosebire de sistemul anglo-saxon în care probațiunea este o sancțiune autonomă, în dreptul romanist a avut diferite accepțiuni.

Astfel, în anul 1888, în **Belgia** s-a adoptat o lege ce prevedea inițial amânarea pedepsei, urmată mai târziu de supunerea la probă (încercare), lege modificată în 29 iunie 1964¹⁷.

Așadar, în Belgia probațiunea a apărut în sec. al XIX-lea și a fost inițial un tip special de amânare. Ulterior, a fost introdusă titulatura de probațiune pretoriană ce viza posibilitatea ministerului public de a suspendarea procedurile de urmărire penală impunând anumite condiții făptuitorului¹⁸. Acest tip de probațiune¹⁹ a fost acceptat inițial experimental, dar, ulterior, a fost respinsă ca instituție pentru că ministerul public nu oferea garanțiile pe care le putea oferi un tribunal, deci nu putea să restrângă libertatea unei persoane a cărei vinovăție nu fusese dovedită.

În data de 10 aprilie 2014²⁰ o noua lege inserează probațiunea ca pedeapsa autonomă în Codul penal, modificând atât Codul de procedură penală, cât și legea din 29 iunie 1964 privind suspendarea, amânarea și probațiunea²¹. Inițial, această lege trebuia să intre în vigoare 1 decembrie 2014, ulterior s-a prorogat pentru data de 1 decembrie 2015.

Soluția suspendării aplicării pedepselor este adoptată mai târziu și de Franța, în 1891-1893 când este legiferată prin *legea Béranger*, deși prin legea din 14 decembrie 1885, legiuitorul francez, introduce liberarea condiționată pe care încearcă să o extindă apoi printr-un proiect de lege din 18 octombrie 1904 și la condamnării tribunalelor militare. Principiile de funcționare ale acestei instituții au fost expuse în 1849, fiind apoi consfințite prin lege în 1853 de către guvernul englez și introduse în decursul timpului în toate țările civilizate.

Cronologic, urmează Luxemburg în 1892, Portugalia în 1893, Elveția în 1920²². Chiar și în Germania suspendarea pedepsei a fost introdusă în anul 1895 sub forma imperfectă a grațierii condiționate – cu termeni de probă.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ La loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

¹⁸ Ph. Mary, *Delinquant, delinquance et insecurite – un demi-siecle de traitement en Belgique (1994-1997)*, Ed. Bruylant, pp. 148-149.

¹⁹ *Ibidem*, p. 149.

²⁰ În materie corecțională și de poliție se pot aplica următoarele pedepse: 1. închisoarea; 2. pedeapsa supravegherii electronice; 3. pedeapsa la muncă; 4. pedeapsa la probațiune autonomă. Pedepsele prevăzute mai sus nu pot fi aplicate cumulativ.

²¹ <https://books.google.ro/books?id=y9QYmOGkOysC&pg=PA129&lpg=PA129&dq=G.+Demanet+->

²² https://books.google.ro/books?id=y9QYmOGkOysC&pg=PA129&lpg=PA129&dq=G.+Demanet+-+chronique&source=bl&ots=NhMI4UB5OM&sig=QVvsfVZ3PjsKlcre_uLvNIsAQAw&hl=en&sa=X&ved=0CCcQ6AEwAw0VChMIoO-lkfW_xwIVyLQUCh1XKwDc#v=onepage&q=G.%20Demanet%20-%20chronique&f=false

²² F. Dunkel, *Strafussatzung zur Borohrung und Bowafungahil*, în *Internationalen Verleich – en Uberbich*, în Dunkel/Spiss, 1983, p. 472.

Din punct de vedere instituțional, în anul 1911, iau ființă tribunalele pentru minori în **Portugalia**. Tribunalele de minori care iau ființă în **Belgia**, la 15 mai 1912 au caracteristici asemănătoare cu cele ale legislației ruse în domeniu (specializarea ședinței, libertate supravegheată).

În același an (1912), este adoptată în **Franța**, legea din 12 iulie vizând tribunalele pentru copii și adolescenți privind măsura libertății supravegheate (*loi du 12 iulie sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberte surveilles*). Legea care cuprinde 28 de articole sub 3 titluri, prevede: desființarea arestului preventiv pentru minori oricare ar fi natura infracțiunii săvârșite; încredințarea minorilor sub 16 ani familiei sau unei societăți de patronaj până la judecare, încredințarea adolescenților cu vârste între 16-18 ani unei societăți de patronaj²³.

Perspectiva vizată de legea în discuție – care poate fi socotită drept momentul de început al structurării probațiunii ca instituție (de inspirație anglo-saxonă) în Franța – este în strânsă legătură și cu posibilitățile reale existente în societate în momentul adoptării sau cele create pe parcursul aplicării ei în practică²⁴.

Începând cu data de 13 aprilie 1913 funcționează și în **Ungaria** tribunale pentru minori. În **Germania**, instituția similară a debutat în 1908, la Frankfurt, sub numele de „*kindergericht*”, a fost modificată în 1912 și a căpătat caracterul definitiv al tribunalelor de copii la 23 februarie 1923²⁵.

Dacă inițial probațiunea nu era completată de supraveghere, începând cu anii 1960 această componentă a devenit obligatorie prin legislație în toate statele europene, Franța (1958, 1970, 1975, 1981), Danemarca (1961), Belgia (1964), Luxemburg (1973), Italia (1975)²⁶.

Prezentăm în continuare modul în care sunt reglementate măsurile aplicabile minorilor în dreptul comparat. În **Franța**, Tribunalul pentru minori poate dispune față de minorul aflat la diferite vârste, diverse măsuri sau sancțiuni conform Ordonanței din 1945²⁷, modificată în 2007²⁸. În sistemul penal francez, față de minorul delincvent se pot dispune și măsuri educative, dar deopotrivă, medierea-reparație și pedepse²⁹.

Infraactorilor sub vârsta de treisprezece ani nu li se pot aplica decât „*măsuri de protecție, asistență, supraveghere și educație*”³⁰. Judecătorul pentru minori poate impune

²³ Vezi I.B. Georgescu, *Tribunalele pentru infractorii minori*, Craiova, pp. 32-56.

²⁴ O. Brezeanu, *Sancțiunile neprivative de libertate (I)*, în *Revista de drept penal*, nr. 2/2013, p. 45.

²⁵ Elveția organizează în 1913, tribunale de copii după tipul celor americane. Austria, a introdus tribunale de copii la 5 ianuarie 1919; Polonia, la 6 iulie 1919; Olanda, prin legea din 5 iulie 1921, desemnează un judecător penal pentru copii. Spania, organizează asemenea tribunale la 15 iulie 1925.

²⁶ T. Dianu, *Non-Custodial Sanctions. Alternative Models for Post-Communist Societies*, Nova Science Publishers Inc., New York *apud* de I. Durnescu, *op. cit.*, p. 10.

²⁷ Această ordonanță are ca principiu că orice tânăr este educabil, că înainte de a fi un delincvent este un copil. Dacă se stabilește prevenirea în ceea ce privește minorul treisprezece, instanța de judecată a minorilor, cf. Art. 2 nu poate să pronunțe o pedeapsă cu închisoarea, cu sau fără supraveghere, decât cu o motivare specială privind alegerea acelei pedepse. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069158>.

²⁸ https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=7528A945EA4611FCED839AA1879D8FC6.tpdila07v_2?cidTexte=JORFTEXT000000615568&dateTexte=20070307&categorieLien=id#.

²⁹ J. Languier, *Criminologie et science penitentiaire*, 10^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 2005, p. 239 și urm.

³⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069158>.

pentru minorul de 13 ani pentru care s-a stabilit prevenția, următoarele măsuri prevăzute la art. 15 din ordonanța precizată:

1. încredințarea minorului părinților, tutorelui sau unei persoane de încredere;
2. plasarea într-o instituție publică sau privată, de educare sau formare profesională;
3. plasarea într-o instituție medicală sau medical-educativ autorizată;
4. încredințarea serviciului de asistență pentru minori;
5. plasarea într-o școală-internat adecvat pentru infractorii minori de vârstă școlară³¹;
6. evaluarea activității zilnice³², în condițiile definite la art. 16ter din aceeași ordonanță³³.

Dacă s-a stabilit prevenția pentru minorul sub 10 ani, atunci tribunalul pentru minori poate pronunța una sau mai multe dintre cele 11 sancțiuni educative reglementate în art. 15-1 din ordonanța nr. 45³⁴.

Dacă s-a stabilit prevenția pentru un minor mai mare de 13 ani, tribunalul pentru minori poate pronunța o decizie pentru aplicarea uneia dintre următoarele măsuri:

1. încredințarea minorului părinților, tutorelui, persoanei care l-a supravegheat sau unei persoane demne de încredere;
2. plasarea într-o instituție sau stabiliment, public sau privat, de educare sau formare profesională, abilitat;
3. plasarea într-un stabiliment medical sau medical-pedagogic abilitat;
4. plasarea într-o instituție publică de educație supravegheată sau educație corectivă;
5. avertisment solemn;
6. evaluarea activității zilnice³⁵, în condițiile definite la art. 16 din aceeași ordonanță.

Așadar, observăm că, deși ordonanța din 1945 privind delincvența juvenilă a fost modificată în anii 1996, 2007, 2011 măsurile/sancțiunile ce se pot pronunța pentru minori se diferențiază în funcție de vârstă, fiind grupate sub 10 ani, până la 13 ani, peste 13 ani, între 16 și 18 ani, ceea ce ar corespunde unor particularități de evoluție din punct de vedere psihic, reflectate în modul în care se raportează la deciziile și acțiunile desfășurate, practice se ia în considerare gradul de dezvoltare a personalității minorului delinvent.

Așadar, conform legislației franceze în vigoare, atât Tribunalul pentru Minori, cât și Curtea de Jurați a minorilor vor pronunța, după caz, măsurile de protecție, sprijin, supraveghere și educație, care par a fi adecvate³⁶ situației și minorului delinvent.

³¹ V. Brutaru, *Tratamentul penal al minorului. Drept comparat*, în RDP, nr. 1/2009, p. 171.

³² Aceasta ar presupune, conform art. 16 ter din aceeași ordonanță, următoarele: participarea minorului la activități de inserție profesională sau educaționale, fie pe lângă o persoană juridică de drept public, fie pe lângă o persoană juridică de drept privat care desfășoară o misiune de serviciu public sau o asociație autorizată să organizeze astfel de activități, fie în cadrul unui serviciu de protecție a tinerilor căruia îi este încredințat.

³³ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069158>

³⁴ *Idem*.

³⁵ Aceasta ar presupune, conform art. 16 ter din aceeași ordonanță, următoarele: participarea minorului la activități de inserție profesională sau educaționale, fie pe lângă o persoană juridică de drept public, fie pe lângă o persoană juridică de drept privat care desfășoară o misiune de serviciu public sau o asociație autorizată să organizeze astfel de activități, fie în cadrul unui serviciu de protecție a tinerilor căruia îi este încredințat.

³⁶ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069158>.

În Germania³⁷, tribunalul pentru minori poate pronunța conform legii trei categorii de sancțiuni: măsuri educative și disciplinare celor peste 14 ani, pedepse cu închisoare specifică tinerilor. Numai cea de-a treia este o sancțiune penală.

Măsurile educative vizează obligații ce le revin minorilor, obligații structurate ca reguli de conduită privitoare la locul de reședință, participarea la propria formare, interdicția de a frecventa anumite locuri și persoane etc.

Dacă aceste măsuri nu sunt suficiente, se aplică măsuri disciplinare care sunt:

- avertismentul solemn;
- impunerea de obligații (scuze personale adresate victimei, repararea prejudiciilor cauzate prin infracțiune, donarea unei sume de bani în contul unei organizații de interes general)
- închisoarea specială³⁸ pentru delincvenții minori care îmbracă mai multe forme, detenția de week-end (maxim 2 weekend-uri), pe termen scurt (de la 2 la 4 zile), și pe termen lung (1-4 săptămâni). Are loc într-o locație specială.

În Belgia, cadrul normativ aplicabil minorilor infractori include două legi speciale, Legea din 8 aprilie 1965 privind protecția tinerilor și Legea din 13 iunie 2006³⁹. Nu există sancțiuni penale ce pot fi dispuse împotriva minorului.

La art. 37 din prima lege sunt specificate măsurile de **custodie, conservare și educative**, ca fiind următoarele:

- **muștrarea** minorului, împreună cu un avertisment adresat părinților sau persoane care au grija, pentru o mai bună monitorizare;
- **supravegherea** minorului de către o Comisie de protecție a tinerilor sau a unui delegat de la protecția tinerilor cu menținerea în mediul familial pentru monitorizare, și cumulativ cu condiția ca tânărul infractor să frecventeze școala în mod regulat, să efectueze „o prestație educativă și filantropică/voluntariat potrivit vârstei lui și a resurselor” și să se supună, „dacă este cazul directivelor educaționale și medicale de la centrul de orientare educațională sau de igienă mentală”; - **plasamentul** într-un orfelinat sau o familie de adăpost adecvată sub supravegherea Comitetului pentru Protecția Tineretului sau a responsabilului cu protecția tineretului; - **plasamentul** într-un centru specializat.

În Spania, cadrul legal este asigurat atât prin art. 19 C. pen., publicat în noiembrie 1995, cât și prin Legea nr. 5/2000 privind răspunderea penală a minorilor⁴⁰. Conform Codului penal, se aplică cu preponderență măsuri socio-educative și măsuri de internare.

a) Măsurile socio-educative sunt: muștrarea; realizarea de activități socio-educativ; prestarea de servicii pentru comunitate; plasarea într-o familie sau un grup educațional; libertatea supravegheată; libertatea supravegheată cu supraveghere intensivă; consemnarea la sfârșit de săptămână, de vineri seara până duminică seara, la domiciliu sau într-un centru; prezența într-un centru de îngrijire de zi; tratamentul ambulatoriu;

b) Măsuri de internare: internarea terapeutică; plasarea într-un centru cu regim deschis; plasarea într-un centru cu regim semi-deschis; plasarea într-un centru cu regim închis.

³⁷ V. Brutaru, *op. cit.*, p. 174.

³⁸ Aceasta pedeapsă nu este considerată o sancțiune penală, nefiind înregistrată în cazierul judiciar.

³⁹ http://www.senat.fr/lc/lc52/lc52_mono.html.

⁴⁰ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-2000.html.

Instituții prezentate și-au justificat în timp finalitatea prin deschiderea spre idei, soluții și măsuri neprivative de libertate – multe dintre ele aplicabile încă.

Am insistat în prezentarea unor sancțiuni penale/măsuri aplicabile minorilor în câteva state din spațiul UE, respectiv Franța și Spania, din motive care vor fi dezvoltate în următoarea secțiune.

Reglementări din legislația românească ce implică probațiunea

Cadrul legislativ privind probațiunea a fost lărgit odată cu intrarea în vigoare, în anul 2014, a codurilor penal și de procedură penală. Avem în vedere următoarele acte normative:

- Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal;

- Legea nr. 135/2010 privind noul Cod de Procedura Penală;

- Legea nr. 253/2013 privind executarea pedepselor, a măsurilor educative și a altor măsuri neprivative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal

- Hotărârea Guvernului nr. 640/2016 pentru aprobarea Regulamentului de aplicare a Legii nr. 253/2013 privind executarea pedepselor, a măsurilor educative și a altor măsuri neprivative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal.

- Legea nr. 252/2013 – organizarea și funcționarea sistemului de probațiune;

- H.G. nr. 1079/2013 pentru aprobarea Regulamentului de aplicare a dispozițiilor Legii nr. 252/2013 privind organizarea și funcționarea sistemului de probațiune.

În elaborarea acestor acte normative s-au avut în vedere cel puțin două recomandări ce vizează probațiunea ca serviciu public care activează în domeniul justiției penale, responsabil de efectuarea supravegherii în comunitate a modului în care persoanele condamnate își respectă măsurile și obligațiile impuse de către instanța de judecată. Avem în vedere *Recomandarea (2003) 22 cu privire la liberarea condiționată elaborată de către Comitetul Miniștrilor din cadrul Consiliului Europei* și *Recomandarea R(2010) I asupra regulilor europene privind probațiunea*

Noua reglementare penală introduce dispoziții bazate **în exclusivitate pe aplicarea unor măsuri educative**, art. 115 CP, pentru minorul delincvent, fiind înlăturată posibilitatea aplicării unei pedepse⁴¹. Măsurile educative care pot fi aplicate minorului sunt de două feluri: privative și neprivative de libertate.

În nota de fundamentare privind Titlul V – Minoritatea, legiuitorul a specificat actele normative pe care le-a avut în vedere în elaborarea acestui capitol⁴².

Regimul **măsurilor educative neprivative de libertate** aplicabile minorului în noua legislație execuțional-penală a fost supus unor modificări substanțiale, având în vedere și impactul studiilor privind etiologia delincvenței juvenile⁴³.

⁴¹ G. Oancea, *op. cit.*, p. 159.

⁴² Dispozițiile acestui titlu sunt conforme Convenției Organizației Națiunilor Unite cu privire la drepturile copilului din 1989, Standardelor minime ale Organizației Națiunilor Unite pentru administrarea justiției pentru minori (The Beijing Rules), Regulilor Organizației Națiunilor Unite pentru protecția minorilor privați de libertate (The Havana Rules) din 1990, Liniilor directoare ale Organizației Națiunilor Unite pentru prevenirea justiției juvenile (The Riyadh Guidelines) din 1990, Recomandării Consiliului Europei 2003/20E privind delincvența juvenilă și justiția pentru minori, Recomandării Consiliului Europei 2008/11 privind reguli europene pentru infractorii minori.

⁴³ D.S. Săucan, A. Liiceanu, M.I. Micle, *Încălcarea legii ca stil de viață. Vulnerabilitatea adolescenților la criminalitate*, Ed. Academiei Române, București, 2009, p. 15.

Măsurile educative neprivative de libertate⁴⁴ din noul Cod penal sunt, în ordinea crescătoare a gravității lor: **stagiul de formare civică** (într-o reglementare apropiată de cea a art. 15-1 pct. 6 din Ordonanța franceză din 2 februarie 1945); **supravegherea**; **consemnarea la sfârșit de săptămână**; **asistarea zilnică**. Ultimele trei măsuri cunosc o reglementare similară de cea din art. 7 lit. g), h) din Legea spaniolă nr. 5/2000⁴⁵.

În ceea ce privește prima măsură, conform notei de fundamentare, nu s-a individualizat nicio modalitate concretă de realizare a acestui program, legiuitorul lăsând la latitudinea judecătorului, conform art. 121 NCP, scopul fiind reintegrarea facilă în societate.

În cazul supravegherii, tot prin nota de fundamentare se precizează că nu presupune o implicare directă a serviciului de probațiune în realizarea activităților din programul minorului, rolul acestui serviciu fiind doar acela de a monitoriza modul în care minorul își respectă programul obișnuit (frecventarea cursurilor, activități sportive, recreative etc.).

În legătură cu cea de-a treia măsură educativă, în nota de fundamentare se specifică faptul că în conformitate cu art. 20 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Codului penal „*pedeapsa amenzii executabilă, aplicată pentru infracțiuni comise în timpul minorității în baza Codului penal din 1969 și neexecutată în tot sau în parte până la intrarea în vigoare a Codului penal, se înlocuiește cu măsura educativă a consemnării la sfârșit de săptămână, ținând seama și de partea care a fost executată din amendă.*”

Față de cea de-a doua măsură, nota de fundamentare menționează că **asistarea zilnică**, presupune o intervenție activă a serviciului de probațiune, care întocmește programul zilnic al minorului, incluzând în acest program – alături de elementele obișnuite în raport de vârstă și situația școlară sau profesională a minorului (spre exemplu, frecventarea cursurilor școlare) și pe cele impuse de instanță potrivit art. 121 – orice activitate necesară realizării scopului măsurii educative (spre exemplu, participarea la acțiuni social-educative, menite a facilita integrarea socială a minorului).

Concluzie

Actualul cadru legal ar fi trebuit să fie fundamentat pe studii ample care verifice dacă, cel puțin măsurile educative neprivative de libertate, pot fi aplicate cu maxima eficiență de către serviciile de probațiune.

De asemenea, eforturile consilierilor de probațiune trebuie să fie susținute cu prioritate și celeritate de toate instituțiile publice ce pot fi implicate în executarea obligațiilor impuse beneficiarilor probațiunii.

Se impune crearea, dar, deopotrivă, diversificarea unor servicii aferente instituțiilor din comunitate, servicii care să fie focalizate pe identificarea și acoperirea riscurilor criminogene ale infractorilor, întrucât aceștia se confruntă, de multe ori, cu un complex de probleme care necesită o intervenție imediată după momentul liberării din penitenciar și, respectiv, al pronunțării sentinței.

⁴⁴ Titlul V, *Minoritatea*, Cap. I – *Regimul răspunderii penale a minorului*: 1. Stagiul de formare civică – art. 117 NCP; 2. Supravegherea – art. 118 NCP; 3. Consemnarea la sfârșit de săptămână – art. 119 NCP; 4. Asistarea zilnică – art. 120 NCP.

⁴⁵ <http://www.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=Wpo7d56II%2fQ%3d&tabid=2604>, accesat în 22 octombrie 2014.

IMPACTUL NORMELOR EUROPENE ASUPRA EVOLUȚIEI DREPTULUI ROMÂNESC ÎN PREVENIREA ȘI COMBATerea TERORISMULUI

Cristian POPA*
Romeo-Ioan GÂRZ**

Abstract:

Nowadays, terrorism has become a world wide phenomenon and is taking the shape of a new global issue, extremely dangerous for the whole international community. The ever stronger international terrorism menaces the security of countries and their citizens, induces moral, economical, and political consequences and from a psychological point of view, it strongly influences the population, while depriving many of their lives.

A fundamental endeavour of the European Union Council for the juridical reglementation of the penal policy in the field of preventing and combating terrorism has been represented by the adoption of the Decision-Framework from June 13th, 2002 regarding the combating of terrorism (2002/475/JAI), modified on November 2008 by the Decision-Framework 2008/919/JAI, whereas later there being adopted the Law no. 535/2004 regarding the prevention and combating of terrorism, which brings together and values the previous normative provisions in accordance with the community aquis.

Keywords: terrorism; criminal policy; legislative framework; respecting the human rights

La momentul de față terorismul preia caracter planetar și se conturează ca o problemă globală nouă, foarte periculoasă pentru întreaga comunitate internațională. Terorismul internațional amenință securitatea țărilor și cetățenilor lor, induce consecințe politice, economice și morale, psihologic influențează puternic populația, lipsește de viață mulți oameni. Particularitatea definitorie a terorismului internațional contemporan este creșterea numerică a crimelor pe un fundal extrem de dur și cinic în executarea lor.

Un prim document programatic emis la nivel comunitar a fost adoptat la Strasbourg, la 27 ianuarie 1977, respectiv Convenția europeană pentru reprimarea terorismului, ratificat de țara noastră prin Legea nr. 19 din 28 februarie 1997¹. În același registru preliminar, la Strasbourg, la 15 mai 2003, s-a adoptat Protocolul de amendare a Convenției europene pentru reprimarea terorismului, ratificat de țara noastră prin Legea nr. 366 din 15 septembrie 2004².

* Conf. univ. dr., Academia Națională de Informații „Mihai Viteazul”; e-mail: rcpopa20@yahoo.com

** Conf. univ. dr., Academia Națională de Informații „Mihai Viteazul”; e-mail: rom_prodigy@yahoo.com

¹ Privind ratificarea Convenției europene pentru reprimarea terorismului, publicată în M. Of. nr. 34 din 4 martie 1997

² Privind ratificarea Protocolului de amendare a Convenției europene pentru reprimarea terorismului, adoptat la Strasbourg la 15 mai 2003, publicată în M. Of. nr. 913 din 7 octombrie 2004.

Schimbarea strategică și de reglementare juridică a paradigmei de securitate în domeniul prevenirii și combaterii terorismului a fost generată fără dubii de atacurile sinucigașe asupra clădirii Pentagonului și complexului World Trade Center din New York, de la 11 septembrie 2001, cu toate că până la acel moment au fost adoptate de forurile internaționale 13 convenții internaționale referitoare la prevenirea și combaterea terorismului³.

Urmare a actelor teroriste din 11 septembrie 2001 din SUA, s-a constatat o activare fără precedent a luptei contra terorismului, în sensul că țări care aparțineau unor sisteme politice diferite au adoptat o atitudine comună. Astfel, la cea de-a 24-a Conferință a miniștrilor europeni de justiție, organizată în perioada 4-5 octombrie 2001, la Moscova, s-a adoptat Rezoluția nr. 1 privind lupta contra terorismului internațional, prin care se condamnă atacurile teroriste asupra SUA, se reafirmă necesitatea combaterii oricăror forme de terorism, iar statele sunt invitate să susțină, printr-un efort constant și colectiv, inițierea demersurilor necesare elaborării setului de norme privind pedepsirea actelor teroriste și să adopte de urgență toate măsurile juridice care se impun în acest scop. În acest sens, au fost puse bazele pentru Strategia mondială antiteroristă și Planul de acțiune al celor 192 de state membre – adoptată în cadrul Organizației Națiunilor Unite (ONU), în 8 septembrie 2006, prin care se abordează global fenomenul, în contextul unei cooperării internaționale degrevată de componenta politică: Convenția Consiliului Europei privind prevenirea terorismului – Varșovia, 16 mai 2005 și Convenția Consiliului Europei privind descoperirea, sechestrarea și confiscarea produselor care stau la baza politicilor de securitate în materia finanțării terorismului – Varșovia, 16 mai 2005.

³ Convenția referitoare la infracțiuni și alte acte comise la bordul aeronavelor (Convenția de la Tokyo, 14 septembrie 1963 – siguranța aviației); Convenția referitoare la combaterea capturării ilegale a aeronavelor (Convenția de la Haga, 16 decembrie 1970 – deturarea aeronavelor); Convenția pentru combaterea actelor ilegale îndreptate împotriva securității aviației civile (Convenția de la Montreal, 23 septembrie 1971 – se aplică actelor de sabotaj aerian, cum ar fi detonarea unei bombe într-o aeronavă aflată în zbor); Convenția privind prevenirea și pedepsirea infracțiunilor îndreptate împotriva persoanelor aflate sub protecție internațională, inclusiv a agenților diplomatici (Convenția referitoare la persoanele aflate sub protecție internațională, 14 decembrie 1973); Convenția europeană pentru combaterea terorismului (Strasbourg, 27 ianuarie 1977); Convenția împotriva luării de ostatici (New York, 17 decembrie 1979); Convenția privind protecția fizică a materialelor nucleare (Convenția referitoare la materialele nucleare, combate însușirea și folosirea ilegală a materialelor nucleare – 3 martie 1980); Protocolul referitor la combaterea actelor ilegale de violență în aeroporturile care deservesc aviația civilă internațională, adițional la Convenția referitoare la combaterea actelor ilegale care vizează siguranța aviației civile (24 februarie 1988, extinde și completează Convenția de la Montreal referitoare la siguranța aeriană); Convenția pentru combaterea actelor ilegale îndreptate împotriva siguranței navigației maritime (10 martie 1988, se aplică actelor de terorism comise la bordul navelor); Protocolul referitor la combaterea actelor ilegale îndreptate împotriva siguranței platformelor fixe situate pe platoul continental (10 martie 1988, se aplică activităților teroriste desfășurate pe platformele fixe amplasate pe platoul continental); Convenția privind marcarea explozivilor plastici cu scopul detectării (1 martie 1991 – prevede marcarea chimică pentru facilitarea detectării explozivilor plastici); Convenția internațională referitoare la combaterea atacurilor teroriste cu exploziv (15 decembrie 1997); Convenția internațională referitoare la combaterea finanțării terorismului (1999, Convenția referitoare la finanțarea terorismului); Convenția internațională privind reprimarea actelor de terorism nuclear.

De asemenea, ulterior acestui eveniment care a generat o nouă ordine mondială în materia securității internaționale, Consiliul Uniunii Europene a adoptat Poziția Comună din 27 decembrie 2001 privind aplicarea unor măsuri specifice pentru combaterea terorismului, subsecvent adoptării de către Consiliul de Securitate al ONU (CSONU) a Rezoluției 1373 la 28 septembrie 2001 care a statuat strategiile de combatere prin toate mijloacele a terorismului și, în special, de combatere a finanțării acestuia.

Din punctul nostru de vedere documentul comunitar a fost fundamental pentru elaborarea și adoptarea unui set de documente subsecvente care să gestioneze din punct de vedere securitar problematica prevenirii și combaterii terorismului în plan național, argumentându-ne concluzia pe considerente juridice⁴.

În același registru de securitate, la nivelul Uniunii Europene (UE) a fost realizat un număr important de acțiuni în scopul combaterii terorismului și prevenirii achiziționării, reținerii și folosirii de fonduri sau bunuri de către astfel de organizații, care urmează Convenției europene privind reprimarea terorismului și Protocolului de amendare a Convenției⁵, fiind adoptate o serie de strategii pentru a preveni și combate terorismul⁶. Un alt demers fundamental al Consiliului UE pentru reglementarea juridică a politicii penale în domeniul prevenirii și combaterii terorismului l-a constituit adoptarea Deciziei-Cadru⁷ din 13 iunie 2002 privind combaterea terorismului (2002/475/JAI), modificată în 28 noiembrie 2008 prin Decizia-Cadru 2008/919/JAI.

Având în vedere noile evoluții ale terorismului generate de atentatele din Europa, precum și de amenințarea teroristă amplificată de fenomenul luptătorilor teroriști străini,

⁴ (1) au fost definite sintagmele de „persoane, grupuri și entități implicate în acte de terorism”; (2) a fost elaborată definiția „actului de terorism”, precum și cerințele pe care trebuie să le îndeplinească acesta pentru a fi catalogat ca act terorist; (3) au fost definite „grupul terorist” și „asociație structurată”.

⁵ Protocolul pentru Convenția de asistență mutuală în chestiuni infracționale dintre statele membre ale Uniunii Europene, adoptat de către Consiliul European, la 16 octombrie 2001, în conformitate cu art. 34 din Tratatul Uniunii Europene; Directiva 2001/97/EC a Parlamentului European și a Consiliului, din 4 decembrie 2001, prin care se amendează Directiva 91/308/EEC referitoare la prevenirea folosirii sistemului financiar în scopul spălării banilor; Regulamentul (CE) nr. 2580/2001 al Consiliului din 27 decembrie 2001 privind măsuri restrictive specifice îndreptate împotriva unor anumite persoane și entități în vederea combaterii terorismului (cu amendările ulterioare); Regulamentul (CE) nr. 881/2002 din 27 mai 2002 privind impunerea unor măsuri restrictive specifice împotriva anumitor persoane și entități asociate cu Osama bin Laden, rețeaua Al Qaida și talibanii și abrogarea Regulamentului Consiliului nr. 467/2001 (cu amendările ulterioare); Decizia-cadru a Consiliului Uniunii Europene 2002/475 din 13 iunie 2002 privind combaterea terorismului; Decizia Consiliului nr. 2005/671/JHA din 20 septembrie 2004 privind schimbul de informații și cooperarea în lupta împotriva terorismului; Poziția Comună a Consiliului nr. 2005/427/CFSP din 6 iunie 2005 care actualizează Poziția Comună 2001/931/CFSP privind aplicarea de măsuri specifice pentru combaterea terorismului.

⁶ Strategia Uniunii Europene privind Combaterea Terorismului, aprobată de miniștrii de Interne și de Justiție ai statelor membre în decembrie 2005; Strategia de Combatere a Radicalizării și Recrutării în Vederea Comiterii de Acte de Terorism.; Strategie de Comunicare Media; Strategia de Combatere a Finanțării Terorismului.

⁷ Actul comunitar de resort a reglementat actele intenționate care pot fi considerate infracțiuni teroriste; infracțiunile referitoare la un grup terorist; infracțiunile legate de activități teroriste; instigare, complicitate, tentativă; sancțiuni penale efective; circumstanțe speciale ca pedepsele să poată fi reduse; răspunderea persoanelor juridice și sancțiunile aplicabile acestora; competență și urmărire a infracțiunilor de terorism de către statele membre; protecția și asistența victimelor.

a fost elaborat Protocolul adițional la Convenția Consiliului Europei privind prevenirea terorismului⁸.

Pe aceleași coordonate securitare și de politică penală în domeniul prevenirii și combaterii terorismului Consiliul UE a elaborat un proiect de Directivă⁹ privind combaterea terorismului și de înlocuire a Deciziei-Cadru 2002/475/JAI a Consiliului privind combaterea terorismului și de modificare a Deciziei 2005/671/JAI a Consiliului privind schimbul de informații și cooperarea referitoare la infracțiunile de terorism. Acest proiect se află în discuții la nivelul Parlamentului European și a fost elaborat pentru a răspunde directivelor trasate de Rezoluția ONU nr. 2178 (24 septembrie 2014) adoptată în cadrul celei de a 7272-a reuniuni.

Având în vedere strategia de politică penală în domeniul prevenirii și combaterii terorismului generată de actele teroriste din 11 septembrie 2001 din SUA, autoritățile române competente în materia legiferării au adoptat preliminar 3 acte normative.

O.U.G. nr. 141 din 25 octombrie 2001¹⁰ reglementa care sunt infracțiunile care constituie acte de terorism și competența de judecată în prima instanță a acestora. Prin legea de aprobare¹¹ actul normativ a suferit o serie de modificări substanțiale, fiind reformulate articolele care priveau actele de terorism; se adăuga scopul, respectiv tulburarea gravă a ordinii publice prin intimidare, prin teroare sau prin crearea unei stări de panică ca urmare a intrării în vigoare a Deciziei-Cadru 2002/475/JAI a Consiliului privind combaterea terorismului.

Prin O.U.G. nr. 153 din 21 noiembrie 2001¹² s-a constituit un Consiliu Interministerial pentru urmărirea aplicării Rezoluției CSONU nr. 1373 din 28 septembrie 2001 care a statuat strategiile de combatere a terorismului prin toate mijloacele și, în special, de combatere a finanțării acestuia, sub coordonarea Ministerului Afacerilor Externe.

Prin O.U.G. nr. 159 din 27 noiembrie 2001¹³ s-au reglementat următoarele aspecte, raportate și la Convenția internațională privind reprimarea finanțării terorismului,

⁸ Consiliul Uniunii Europene a emis propunerea de Decizie privind semnarea, în numele Uniunii Europene, a Protocolului adițional la Convenția Consiliului Europei privind prevenirea terorismului (CETS nr. 196), iar Parlamentul României prin Hotărârea nr. 80 din 13 octombrie 2015 a aprobat opinia referitoare la propunerea de Decizie a Consiliului privind semnarea, în numele Uniunii Europene, a Protocolului adițional la Convenția Consiliului Europei privind prevenirea terorismului (CETS nr. 196) - COM (2015) 291 și propunerea de Decizie a Consiliului privind semnarea, în numele Uniunii Europene, a Convenției Consiliului Europei privind prevenirea terorismului (CETS nr. 196) - COM (2015) 292.

⁹ Propunerea de Directivă statuează normele minime privind definiția infracțiunilor de terorism și a sancțiunilor în domeniul infracțiunilor de terorism, al infracțiunilor legate de un grup terorist și al infracțiunilor legate de activități de terorism, precum și măsuri de protecție, sprijin și de asistență a victimelor terorismului.

¹⁰ Pentru sancționarea unor acte de terorism și a unor fapte de încălcare a ordinii publice, publicată în M. Of. nr. 691 din 31 octombrie 2001.

¹¹ Legea nr. 472 din 9 iulie 2002, publicată în M. Of. nr. 524 din 18 iulie 2002.

¹² Pentru aplicarea Rezoluției nr. 1373/2001 a CSONU privind combaterea terorismului internațional, publicată în M. Of. nr. 769 din 3 decembrie 2001.

¹³ Pentru prevenirea și combaterea utilizării sistemului financiar-bancar în scopul finanțării de acte de terorism, publicată în M. Of. nr. 802 din 14 decembrie 2001.

adoptată la New York la 9 decembrie 1999¹⁴, operațiuni financiare-bancare interzise, operațiuni financiar-bancare supuse autorizării, atribuțiile specifice ale autorităților competente (Banca Națională a României, Comisia Națională a Valorilor Mobiliare, Comisia de Supraveghere a Asigurărilor), precum și răspunderi și sancțiuni.

Pentru a pune în practică cerințele legislative ale Uniunii Europene în plan național au fost elaborate o serie de acte normative pe care le vom prezenta în continuare și care au creat, operaționalizat și statuat penal un Sistem Național de Prevenire și Combateră a Terorismului (SNPCT) ca mecanism de asigurare, organizare și desfășurare, la nivel strategic și unitar, a cooperării inter-instituționale, destinate optimizării categoriilor de sarcini, competențe și atribuții de natură a conduce la îndeplinirea politicilor naționale în materie antiteroristă, în conformitate cu respectarea strictă a drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor.

Astfel, trebuie menționat că în plan național activitatea de prevenire și combatere a terorismului este subsumată unui mecanism complex de culegere, verificare și valorificare a informațiilor de securitate națională necesare realizării funcțiilor de cunoaștere, prevenire și contracarare a amenințărilor de natură teroristă.

În cadrul acestui mecanism strategic care are la bază o excelentă cooperare inter-instituțională, Serviciului Român de Informații (SRI) îi revine rolul de autoritate națională în domeniul prevenirii și combaterii terorismului și de coordonator tehnic al SNPCT¹⁵.

Potrivit art. 2 din Legea nr. 14 din 24 februarie 1992¹⁶, SRI organizează și execută activități pentru culegerea, verificarea și valorificarea informațiilor necesare cunoașterii, prevenirii și contracarării oricăror acțiuni care constituie, potrivit legii, amenințări la adresa securității naționale a României, inclusiv „actele teroriste, precum și inițierea sau sprijinirea în orice mod a oricăror activități al căror scop îl constituie săvârșirea de asemenea fapte”, reglementate de art. 3 lit. „i” din Legea nr. 51 din 29 iulie 1991¹⁷, precum și infracțiunile de terorism prevăzute de Legea nr. 535 din 25 noiembrie 2004¹⁸.

De asemenea, în conformitate cu art. 6 din Legea nr. 14 din 24 februarie 1992, SRI execută activități informative și tehnice de prevenire și combatere a terorismului.

SRI este, potrivit legii, instituția statului ce deține atributele esențiale de autoritate națională în domeniul prevenirii și combaterii terorismului – fenomen ale cărui manifestări sunt, prin excelență, disimulate, conspirative, îmbracă forme diverse și sunt dificil de previzionat și contracarat, fiind necesară instrumentarea lor pro-activă.

¹⁴ Ratificată de România prin Legea nr. 623 din 19 noiembrie 2002, publicată în M. Of. nr. 852 din 26 noiembrie 2002.

¹⁵ Art. 6 alin. (3) din Legea nr. 535/2004 „(3) În structura Serviciului Român de Informații – ca autoritate națională în domeniu – se înființează Centrul de coordonare operativă antiteroristă, denumit în continuare CCOA, prin intermediul căruia Serviciul Român de Informații asigură coordonarea tehnică a SNPCT”.

¹⁶ Privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații, publicată în M. Of. nr. 33 din 3 martie 1992, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁷ Privind securitatea națională a României, publicată în M. Of. nr. 163 din 7 august 1991, republicată în M. Of. nr. 190 din 18 martie 2014.

¹⁸ Privind prevenirea și combaterea terorismului, publicată în M. Of. nr. 1161 din 8 decembrie 2004, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, potrivit art. 12 din Legea nr. 14 din 24 februarie 1992, cadrele SRI, în cazul constatării unui atentat sau act terorist ori a unor tentative sau acte preparatorii la infracțiunile de terorism, pot reține pe făptuitor, predându-l de îndată organelor judiciare competente împreună cu actul de constatare și corpurile delictive.

Având în vedere aceste prevederi și modalitățile de punere în executare a obligațiilor legale ce revin SRI pe segmentul documentării prin tehnici speciale de investigare a infracțiunilor de terorism, instituția a creat, împreună cu Direcția de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism (DIICOT), mecanismele necesare pentru documentarea informativă și procesual penală a acestor infracțiuni, context în care acesteia, prin procurori specializați, îi revine competența legală exclusivă în urmărirea penală a infracțiunilor specifice fenomenului terorist, indiferent de calitatea persoanei.

În ansamblu, precizăm că direcțiile strategice de prevenire și combatere a terorismului se axează pe următoarele coordonate: crearea cadrului legislativ adecvat realizării politicilor de securitate în domeniul prevenirii și combaterii terorismului, activitatea de informații pentru realizarea misiunilor de prevenire și contracarare a formelor de materializare a amenințărilor la adresa securității naționale de natură teroristă, cooperarea judiciară internațională în materie penală, racordarea la măsurile internaționale de eliminare a terorismului internațional și preservării obiectivelor de securitate națională.

Strategia națională de prevenire și combatere a terorismului¹⁹ definește, într-o formulă unitară, terorismul, stabilește obiectivele generale ale statului român în materie antiteroristă, fundamentează existența și funcționalitatea SNPCT, statuând rolul de coordonator tehnic ce revine SRI, în calitate de autoritate națională în materie antiteroristă.

Actul în cauză este un document doctrinar fundamental care valorifică solidar interesele și necesitățile de securitate internă ale societății românești, prin consolidarea mecanismelor sale de auto-protecție față de fenomenul terorist.

Potrivit Strategiei, terorismul reprezintă cea mai complexă amenințare la adresa democrației și statului de drept, întrucât acțiunile teroriste prezintă următoarele trăsături: sunt angajate premeditat de către indivizi sau diverse tipuri de structuri sociale, sunt motivate de concepții și atitudini radical ostile față de alte entități, de percepția că în raporturile cu acestea s-au configurat situații intolerabile și de voința de a acționa împotriva lor în modalități extreme, uzează de mijloacele și metodele violente și/sau destructive, acumulate, respectiv, deprinse programatic, au ca ținte directe indivizi și/sau factori materiali importanți pentru susținerea vieții sociale, își propun în mod deliberat diseminarea pe scară largă a unor stări de anxietate, nesiguranță, teamă și panică, sens în care sunt organizate și derulate astfel încât să li se asigure un impact psihologic maximal și să inducă atitudini și comportamente sociale favorabile acestora, au obiective explicit sau implicit politice, vizând în final, influențarea unei entități – cel mai adesea o autoritate legal constituită – aflate, de regulă, dincolo de indivizii direct afectați sau amenințați, sunt derulate în afara stării de război sau în afara ariei de aplicabilitate a legilor războiului, în caz de conflict armat.

¹⁹ Hotărârea CSAT din 2002.

Pentru coordonarea adecvată a eforturilor și demersurilor instituțiilor și autorităților publice din componența SNPCT, Protocolul General²⁰ trasează sarcinile generale ce revin acestora, subsumate tuturor tipurilor de misiuni și responsabilități încredințate acestuia.

În baza documentului menționat, părțile semnatare au sarcina ca, pe linia optimizării cadrului normativ operant în materie antiteroristă, să conlucreze/coopereze pentru realizarea unui schimb permanent de informații exacte și complete, în scopul punerii acestora la dispoziția autorităților statului, prevăzute de lege, pentru coordonarea măsurilor legislative sau de altă natură, având ca finalitate prevenirea producerii de acte de terorism pe teritoriul național și emiterii strategiilor de acțiune în domeniu pe termen mediu și lung.

Sistemul național de alertă teroristă²¹ reprezintă un mijloc coerent și eficient de prevenire, descurajare și combatere a acțiunilor de pregătire și desfășurare a unor eventuale atentate teroriste pe teritoriul României.

Modificarea indicativelor de alertă teroristă se transmite componentelor SNPCT prin Centrul de Coordonare Operativă Antiteroristă (CCOA), conform deciziilor Consiliului Suprem de Apărare a Țării (CSAT).

În cadrul SNAT, stările de amenințare sunt identificate prin cinci niveluri de alertă teroristă, evidențiate distinct pe bază de culori²² utilizându-se două categorii de indicatori²³.

Centrul de Coordonare Operativă Antiteroristă²⁴ constituie mijlocul prin care SRI își exercită prerogativele de coordonator tehnic al SNPCT, fiind structura organizatorico-funcțională care asigură continuitatea și coerența funcționării acestuia, precum și cadrul necesar interoperabilității entităților componente.

În acest context, CCOA²⁵ asigură condițiile optime de desfășurare a misiunilor instituțiilor și autorităților publice din componența SNPCT, în conformitate cu atribuțiile și competențele specifice, potrivit legii.

Prin intermediul Centrului se asigură un schimb permanent de expertiză în domeniul prevenirii și combaterii terorismului, un cadrul unitar, flexibil, care optimizează și perfecționează cooperarea, la un nivel care poate fi catalogat ca o comunitate națională de prevenire și combatere a terorismului.

²⁰ Hotărârea CSAT din 2002, cu modificările și completările aduse prin Hotărârea CSAT din 2008.

²¹ Hotărârea CSAT din 2004.

²² (1) Verde - Scăzut – informațiile disponibile și evenimentele recente indică faptul că un atac terorist este foarte puțin probabil; (2) Albastru - Precaut – informațiile disponibile și evenimentele recente indică un risc scăzut de producere a unui atac terorist; (3) Galben - Moderat – informațiile disponibile și evenimentele recente indică faptul că există risc terorist general, fiind posibil un atac terorist; (4) Portocaliu - Ridicat – informațiile disponibile și evenimentele recente indică un risc terorist crescut, fiind probabil un atac terorist; (5) Roșu - Critic – informațiile disponibile și evenimentele recente indică un risc iminent de producere a unui atac terorist.

²³ (1) informații disponibile, conținând avertizări cu privire la evoluții ce s-ar putea constitui în: vulnerabilități/factori de risc/amenințări/stări de pericol/iminența unui atac terorist pe teritoriul României; (2) evenimente recente – manifestări explicite de orice natură ale unei entități teroriste de a realiza un atac terorist pe plan național/internațional.

²⁴ Hotărârea CSAT din 2005, cu modificările și completările aduse prin Hotărârea CSAT din 2010.

²⁵ Regulamentul de organizare și funcționare a Centrului de Coordonare Operativă Antiteroristă.

Printre activitățile pe care organele abilitate le au la dispoziție pentru prevenirea și combaterea terorismului se numără și cooperarea judiciară internațională în materie penală, reglementată intern de Legea nr. 302 din 28 iunie 2004²⁶.

Pentru realizarea obiectivului privind armonizarea legislativă cu aquis-ul comunitar și internațional în domeniul antiterorism, România a ratificat toate cele 13 convenții internaționale referitoare la prevenirea și combaterea terorismului, a semnat 23 de Acorduri și Protocoale de cooperare bilaterală și multilaterală în domeniul prevenirii și combaterii terorismului internațional ori al unor forme ale criminalității organizate, conexe terorismului și a încheiat un Acord de Colaborare cu Europol, ratificat prin Legea nr. 197 din data de 25 mai 2004²⁷.

De asemenea, România a adoptat O.U.G. nr. 202 în 4 decembrie 2008²⁸. Un alt aspect important pentru realizarea politicilor de securitate în domeniul prevenirii și combaterii terorismului este aderarea României la Tratatul dintre Regatul Belgiei, Republica Federală Germania, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Marele Ducat de Luxemburg, Regatul Țărilor de Jos și Republica Austria privind aprofundarea cooperării transfrontaliere, în special în vederea combaterii terorismului, criminalității transfrontaliere și migrației ilegale, semnat la Prüm la 27 mai 2005, ratificat de România prin Legea nr. 146 din 10 iulie 2008²⁹.

Legea nr. 535 din 25 noiembrie 2004 privind prevenirea și combaterea terorismului asigură cadrul conceptual și instituțional unitar al activității de prevenire și combatere a terorismului, atribuțiile SRI, ale celorlalte autorități și instituții publice componente ale SNPCT, precum și ale CCOA.

Legea nr. 535 din 25 noiembrie 2004 reunește și valorifică prevederile normative anterioare, în acord cu aquis-ul comunitar, astfel: asigură legitimitatea și funcționalitatea cooperării autorităților și instituțiilor publice abilitate, care compun SNPCT, oferă cadrul de teoretizare și clarificare a termenilor specifici acestui domeniu, urmărește să răspundă realităților și provocărilor cu care se confruntă instituțiile abilitate și, în special, cele angajate în prima linie a intervenției operative și sancțiunile juridice; stabilește obligațiile

²⁶ Privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, publicată în M. Of. nr. 594 din 1 iulie 2004, republicată în M. Of. nr. 377 din 31 mai 2011, cu modificările și completările ulterioare. Prin această lege se aplică următoarelor forme de cooperare judiciară internațională în materie penală: extrădarea; predarea în baza unui mandat european de arestare; transferul de proceduri în materie penală; recunoașterea și executarea hotărârilor; transferarea persoanelor condamnate; asistența judiciară în materie penală; alte forme de cooperare judiciară internațională în materie penală.

²⁷ Pentru ratificarea Acordului privind cooperarea dintre România și Oficiul European de Poliție, semnat la București la 25 noiembrie 2003, publicată în M. Of. nr. 498 din 2 iunie 2004.

²⁸ Privind punerea în aplicare a sancțiunilor internaționale, publicată în M. Of. nr. 825 din 8 decembrie 2008, cu modificările și completările ulterioare. Potrivit art. 3 alin. (1), actele sunt obligatorii în dreptul intern pentru toate autoritățile și instituțiile publice din România, precum și pentru persoanele fizice sau juridice române sau aflate pe teritoriul României, în condițiile reglementărilor care stabilesc regimul juridic al fiecărei categorii de acte.

²⁹ Pentru aderarea României la Tratatul dintre Regatul Belgiei, Republica Federală Germania, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Marele Ducat de Luxemburg, Regatul Țărilor de Jos și Republica Austria privind aprofundarea cooperării transfrontaliere, în special în vederea combaterii terorismului, criminalității transfrontaliere și migrației ilegale, semnat la Prüm la 27 mai 2005, publicată în M. Of. nr. 590 din 6 august 2008. În aplicarea prevederilor Legii nr. 146/2008, precum și în conformitate cu art. 42 din Tratatul de la Prüm, SRI, în calitate de autoritate competentă pentru implementarea Tratatului, a fost desemnat: punct național de contact pentru informațiile privind prevenirea infracțiunilor de terorism; punct național de contact și coordonare pentru însoțitorii înarmați.

legale ale instituțiilor din SNPCT, legiferează funcționalitatea CCOA, definirea³⁰, în termeni juridici, a terorismului, în conformitate cu specificitatea, pericolozitatea și consecințele actelor teroriste, stabilirea, pe cale juridică, a obligațiilor ce revin, în sensul prevenirii și combaterii terorismului, altor categorii de persoane juridice din România.

În conformitate cu art. 1 din actul normativ invocat, terorismul reprezintă ansamblul de acțiuni și/sau amenințări³¹ care sunt de natură să afecteze climatul de securitate națională³².

Prin Legea nr. 187 din 24 octombrie 2012³³, respectiv în art. 159 din actul normativ invocat sunt modificate și completate dispozițiile Legii nr. 535 din 25 noiembrie 2004, întrucât prin Legea nr. 187 din 24 octombrie 2012 au fost modificate și completate o serie de acte normative care cuprind reglementări penale.

Legea nr. 535 din 25 noiembrie 2004 transpune și adaptează specificului penal național Decizia-Cadru din 13 iunie 2002 privind combaterea terorismului (2002/475/JAI), modificată în 28 noiembrie 2008 prin Decizia-Cadru 2008/919/JAI.

De asemenea, observând:

(1) incidentele cu caracter terorist înregistrate din ce în ce mai des în Europa, iar la nivel european și internațional s-a recunoscut necesitatea incriminării faptei unei persoane de a se deplasa în străinătate în scopul planificării ori instruirii în vederea săvârșirii actelor de terorism, astfel cum rezultă din documente internaționale, precum Protocolul de la Riga (Protocolul adițional la Convenția Consiliului Europei privind prevenirea terorismului), semnat de România în martie 2016, precum și Rezoluția Consiliului de Securitate al ONU nr. 2.178/2014,

(2) necesitatea consolidării organului judiciar român specializat în combaterea terorismului, partener în eforturile colective europene și internaționale de combatere a acestui fenomen grav, având în vedere obiectivele asumate de statul român inclusiv în cadrul Agendei de Securitate a UE (2015) și pentru a putea asigura funcționarea optimă a structurii specializate de parchet inclusiv prin asigurarea de comisii rogatorii,

(3) intervenția promptă și eficientă în combaterea fenomenului terorist, considerăm că cele de mai sus, pe de o parte, trebuie să răspundă ferm atentatelor grave la democrație, iar, pe de altă parte, să asigure cetățenii de eficiența intervenției statului în protejarea lor.

Prin urmare, o astfel de intervenție nu poate fi asigurată fără consolidarea capacității instituționale a DIICOT, Legea nr. 535 din 25 noiembrie 2004, fiind recent modificată prin O.U.G. nr. 78 din 16 noiembrie 2016³⁴, introducându-se un nou articol³⁵.

³⁰ Art. 1 din Legea nr. 535/2004.

³¹ Art. 1 lit. a)-d) din Legea nr. 535/2004.

³² Starea de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică necesară existenței și dezvoltării statului național român ca stat suveran, unitar, independent și indivizibil, menținerii ordinii de drept, precum și a climatului de exercitare neîngrădită a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, potrivit principiilor și normelor democratice statornicite prin Constituție.

³³ Pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

³⁴ Pentru organizarea și funcționarea DIICOT, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, publicată în M. Of. nr. 938 din 22 noiembrie 2016.

³⁵ Art. 35¹ alin. (1): „Deplasarea unei persoane de pe teritoriul statului al cărui cetățean este sau de pe teritoriul căruia își are domiciliul sau reședința spre sau pe teritoriul unui alt stat decât cel al cărui cetățean sau

Având în vedere amenințările strategice asimetrice la adresa securității naționale generate de infracțiunile de terorism, măsurile legislative în materie contribuie la îndeplinirea funcției de urmărire penală de către organele judiciare competente în a cărei exercitare acestea strâng probele necesare fundamentării deciziei procesuale de trimitere/netrimiteri în judecată, cu respectarea fermă a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO), luând în discuție justificarea existenței unor dispoziții legislative care acordă autorităților publice dreptul de a supraveghea acțiunile anumitor persoane, a admis³⁶ că, deși tehnicile speciale de documentare constituie ingerințe în exercițiul dreptului la viață privată, acestea, în anumite situații excepționale se pot dovedi necesare într-o societate democratică, dacă sunt destinate să apere securitatea națională sau să prevină săvârșirea unor fapte penale, în speța dată infracțiunile de terorism.

În sfera amenințărilor la adresa stării de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică ca elemente de reper ale securității naționale, intensificarea și perfecționarea tehnicilor speciale de investigare și apărarea drepturilor omului nu sunt două probleme care se exclud reciproc, ci dimpotrivă sunt elemente de politici statale și regionale care sunt interdependente.

Cu toate eforturile depuse la nivel interinstituțional, apreciem că se impune elaborarea unui proiect de modificare și completare³⁷ a cadrului normativ existent al Legii nr. 535 din 25 noiembrie 2004 raportat și la Ghidul Strategiei naționale de apărare a țării pentru perioada 2015-2019 care supune atenției o serie de repere menite să faciliteze adaptarea cadrului legislativ național la modificările survenite la nivelul mediului actual de securitate³⁸.

Schimbările preconizate trebuie să aibă în vedere o plajă largă de elemente de noutate pentru ca statul român să poată răspunde amenințărilor teroriste și să-și îndepli-

rezident este, în scopul comiterii, planificării ori pregătirii actelor de terorism sau participării la acestea ori pentru oferirea sau primirea de instruire sau pregătire pentru comiterea unui act de terorism ori pentru susținerea, în orice mod, a unei entități teroriste, constituie deplasare în scopuri teroriste și se pedepsește cu închisoare de la 5 la 12 ani și interzicerea unor drepturi”.

³⁶ C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariul pe articole*, vol. 1, *Drepturi și libertăți*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 595.

³⁷ (1) *evaluarea amenințării teroriste la adresa României evidențiază o schimbare de paradigmă, prin trecerea de la o amenințare generică la una punctuală; (2) mediul general de securitate relevă că Europa a devenit o zonă operațională, prin prisma riscurilor teroriste generate de deplasările, în și dinspre zone de conflict, ale luptătorilor străini și de accesarea de către teroriști a valurilor de migranți; (3) principalele surse de risc terorist la adresa României sunt de natură externă și se manifestă pe două coordonate: (i) teritoriul național reprezintă preponderent un loc de tranzit sau de refugiu, aflat în atenția străinilor originari din state ale Orientului Mijlociu Extins și Afganistan și Pakistan și (ii) impactul proceselor de radicalizare islamistă generate de ideologia Daesh, îndeosebi asupra convertiților.*

³⁸ *Obiectivul Sistemului Național de Securitate putând fi atins, printre altele prin: a) adoptarea unor măsuri de identificare și sancționare a noilor forme de manifestare a terorismului, precum problematica foreign fighters sau autoradicalizarea prin Internet; b) dinamizarea colaborării coordonate și integrate între structurile cu competențe în domeniu în vederea prevenirii/diminuării riscului de producere a unei crize teroriste și c) stabilirea unor măsuri suplimentare privind regimul străinilor în România, precum și restrângerea temporară a dreptului la circulație al cetățenilor suspecți de terorism.*

nească atribuțiile statuate prin Strategia de Securitate Internă a Uniunii Europene 2015-2020, la care și România contribuie și care solicită statelor membre să identifice un răspuns coordonat față de natura transnațională a terorismului, punând accent deosebit și pe întărirea capacității operaționale și de cooperare, consecutive îmbunătățirii schimburilor de informații³⁹.

³⁹ Printre acestea se pot enumera: (1) actualizarea conceptului de terorism și punerea acestuia în acord cu acele manifestări exterioare de voință a căror calificare ca infracțiune să beneficieze de coerență și predictibilitate; (2) pe linia combaterii terorismului intervențiile are trebui să vizeze (i) stabilirea condițiilor/coordonatelor funcționării/atribuțiile Centrului Național de Acțiune Antiteroristă (CNAA); (ii) actualizarea cadrului normativ referitor la organizarea și executarea intervenției contrateroriste; (3) introducerea unei reglementări care stabilește că infracțiunile prevăzute în conținutul noului act normativ constituie acte de terorism pentru a se evita o practică neunitară în materia interpretării și aplicării dispozițiilor Legii nr. 535/2004; (4) în ceea ce privește infracțiunile se impun a fi operate o serie de modificări ce pot viza incriminarea: (i) distrugerii, degradării sau aducerii în stare de neîntrebuințare a unei instalații nucleare ori radiologice ce conține materiale radioactive; (ii) oricărui act de organizare sau de facilitare prin care se oferă asistență oricărei persoane pentru a se deplasa în străinătate în scopuri teroriste știind că asistență oferită este în acest scop; (iii) de sine stătătoare a faptei de preluare fără drept a unui vehicul care asigură transportul rutier sau servicii de transport public local, de mărfuri sau persoane; (iiii) accesării în mod repetat de materiale de propagandă teroristă, prin intermediul sistemelor informatice sau altor mijloace de comunicații electronice, efectuată în scopul însușirii ideologiei teroriste ori deprinderii unor mijloace, tehnici sau modalități de săvârșire a unor acte de terorism (accesarea repetată a materialelor de propagandă teroristă constituie mijlocul cel mai facil și des întâlnit în realizarea și definitivarea procesului de autoradicalizare a persoanelor predispuse la săvârșirea de acte de terorism, trecerea de la perioada de acumulare la cea de acțiune realizându-se în mod accelerat, brusc. În acest sens, punerea la dispoziția autorităților judiciare a unui instrument juridic adecvat în îndeplinirea scopului preventiv și necesitatea sancționării legale a unui astfel de comportament sunt pe deplin justificate de realitățile vremii).

NECESITATEA ADAPTĂRII CADRULUI JURIDIC NAȚIONAL REFERITOR LA PREVENIREA ȘI COMBATerea TERORISMULUI ȘI AMENINȚĂRILOR CONEXE, ÎN CONTEXT EUROPEAN

*Viorel GHEORGHE**

Abstract:

Given the reality of the evolution of international terrorism and related threats, the states of the world show real concern, having the task of answering more frequent questions rising from a natural social concern:

Are there any effective legal solutions, really enforceable by the state, to eradicate or reduce this phenomenon?

Can major legal systems be harmonized in order to fight this phenomenon?

Ten years after the accession to the European Union and being full partner within the Atlantic Alliance, Romania is involved in identifying the legal instruments required to meet these social goals.

At present, the phenomenon of terrorism is a major threat to international security and the entire legal order, a peril to democratic values, rights and freedoms, having the tendency to proliferate in various directions.

Considering that these asymmetric threats have special specificities and transnational capabilities, it is necessary to implement a comprehensive approach, in terms of national and international legislation.

Keywords: *terrorism, legal system, European Union, security, reform*

1. Introducere

Integrarea României în structurile Uniunii Europene, la data de 1 ianuarie 2007, putem spune, a reprezentat începutul unei noi etape în tumultuoasa viață a dreptului românesc. Această dată a reprezentat și debutul unor schimbări, dar și asumarea unor responsabilități majore în planul vieții societății, strâns racordate la procesul decizional european. Nu greșim dacă afirmăm că această perioadă a coincis cu modificări majore în arealul unional – și cu toate acestea, aproape insesizabile la începutul perioadei – cum este, spre exemplu, *importul de criminalitate transnațională*, din diverse spații cu problematică direct conexată la unele dintre riscurile și amenințările la adresa UE, dificil de gestionat, de pe urma căreia statele însele au devenit subiect pasiv principal al unor activități infracționale sancționate de normativele europene/internațional, cu atât mai mult, la nivel național. În concret, ne referim aici la intensitatea efectelor generate de proliferarea, efectele, polifacetarea și difuzia unuia dintre cele mai distructive fenomene contemporane – terorismul – împreună cu amenințările conexe acestuia. În același context, remarcăm dimensiunea extinderii unuia dintre cele mai importante segmente ale criminalității organizate – cel al migrației ilegale, la care s-a adăugat problematica

* Dr., Expert național TAIEX; e-mail: viorelgheorghe@yahoo.com.

refugiaților sosiți din diverse zone de conflict – România rămânând, constant, un „spațiu de tranzit” al acestora către alte state vestice. În același timp, experiența actuală relevă acțiuni instituționale semnificative, concrete, în procesul de valorificare a beneficiilor apartenenței la cadrul unional. Avem în atenție aici întreaga paletă normativă la care țara noastră și-a racordat legislația, situându-se astfel între vectorii statali cei mai stabili și activi, în sprijinul permanentei modelări a cadrului legal, cu deosebire al celui penal și procedural penal, ori normelor prevăzute în legi speciale care conțin dispoziții penale sau alte norme cu caracter complinitor.

Contribuția României la consolidarea Uniunii Europene rămâne un punct de referință, cât și strategic, în cadrul obligațiilor asumate. În circumstanțele socio-politice și istorice actuale, este de apreciat că România militează activ în cadrul organismelor europene pentru armonizarea coerenței decizionale a Uniunii Europene în plan juridic, pentru o abordare și armonizare continuă pe aceste segmente, acțiuni fundamentate pe definirea și urmărirea unor obiective pragmatice, în deplin acord cu interesele unionale.

Între subiectele care suscită interesul cercetătorilor dreptului se înscrie – cu deosebire, în dreptul internațional – identificarea unor formule sancționatorii îmbunătățite în domenii de importanță majoră pentru securitatea spațiului unional, așa cum sunt terorismul și criminalitatea organizată transnațională.

2. Uniunea Europeană și Organizația Națiunilor Unite, în prevenirea și combaterea terorismului și amenințărilor conexe

2.1. Uniunea Europeană

Pe tot parcursul celor 10 ani de la aderarea României la spațiul unional, normativul intern privind protecția împotriva amenințărilor neconvenționale a înregistrat mai multe schimbări, Uniunea Europeană reprezentând unul dintre principalele spații de dezbateră, susținere și aplicare a demersurilor juridice orientate spre stoparea răspândirii tot mai extinse a terorismului. Se remarcă, în acest sens, inițiativele Comisiei Europene privind solicitările adresate statelor membre de armonizare a normativelor interne pe linia implementării „Mandatumului european de arestare”¹ în legislația internă, cât și a conținutului *Deciziei-Cadru nr. 2002/475/JAI, cu Privire la Lupta Împotriva Terorismului*, modificată în anul 2008², în esență, fundamentul juridic al luptei UE împotriva terorismului.

Este de subliniat că, pe segmentul cooperării juridice pe această componentă, la nivelul Uniunii Europene au apărut o serie de probleme, care vizează, în esență, securizarea frontierelor și a spațiului aerian, crearea unui mecanism de coordonare a fluxului informațional între autoritățile de aplicare a legii și agențiile de informații, identificarea, monitorizarea și interceptarea traficului ilegal de subansamble ale armelor de distrugere în masă, introducerea obligativității sistemului digital de amprentare a cărților de identitate, precum și a altor documente de călătorie, valabile în Uniune³.

¹ Transpus în legislația națională încă din anul 2006. A se vedea, pe larg, textul Legii nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală, republicată – n.a.

² Prin Decizia-cadru nr. 2008/919/JAI a Consiliului – n.a.

³ ***, *European Union Strategic Objectives to Combat Terrorism, material-anexă la documentul denumit Declaration on combating Terrorism, din data de 25 martie 2004, material regăsit la adresa electronică www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/DECL-25.3.pdf, accesare la 06 ianuarie 2017.*

Simultan, din postura de coordonator al statelor membre, Consiliul Europei a conceput un mecanism de evaluare și implementare la nivel național a sistemelor legale de combatere a fenomenului terorist, ce urmărește:

- a) realizarea unui sistem de evaluare a acordurilor internaționale referitoare la combaterea terorismului, pe care să se poată baza cooperarea autorităților cu echipele de evaluatori, în conformitate cu prevederile legislative, aplicabile pe plan național;
- b) desemnarea unor experți din fiecare stat-membru, cu competențe în evaluarea amenințărilor teroriste și a celor conexe;
- c) evaluarea modului de acțiune preventivă a instituțiilor administrative, instituțiilor de aplicare a legii (în special, Poliție și Vamă), cât și a altor instituții juridice sau entități statale cu atribuții pe această componentă securitară⁴.

Concomitent, Consiliul Europei a elaborat un *Plan de Acțiune privind Combaterea Terorismului*, solicitându-se statelor membre adoptarea unor măsuri pentru:

1. *Operaționalizarea cadrului legislativ intern*, constând în:
 - a) implementarea „Mandatului european de arestare”;
 - b) realizarea cooperării ofițerilor de poliție și magistraților din statele membre;
 - c) modalitățile de colaborare a echipelor naționale de investigații;
 - d) combaterea acțiunilor de prevenire și combatere a spălării banilor, precum și identificarea, monitorizarea, blocarea și confiscarea mijloacelor și acțiunilor specifice crimei organizate;
 - e) înființarea *Biroului European de Justiție (Eurojust)*⁵;
 - f) adoptarea unor strategii vizând combaterea atacurilor asupra sistemelor informatice.
2. *Consolidarea cooperării între statele membre*, a structurilor de informații, poliție, vamă, organisme statale, în măsură să realizeze schimbul de informații privind combaterea terorismului, prin intermediul Oficiului European de Poliție EUROPOL⁶, respectiv, EUROJUST;
3. *Asigurarea schimbului de informații*, prin îmbunătățirea acestei activități cu accent deosebit pe monitorizarea entităților teroriste din statele membre și EUROPOL;
4. *Blocarea surselor de finanțare a terorismului*, prin intensificarea cooperării între autoritățile naționale cu competențe în domeniu și instituțiile financiare private în scopul îmbunătățirii schimbului de informații privind finanțarea terorismului și asigurarea transparenței transferului de fonduri;

⁴ În lucrarea *Dimensiunea criminologică a terorismului*, teză de doctorat a autorului (manuscris), p. 254

⁵ Instituție cu personalitate juridică, formată din magistrați și/sau ofițeri de poliție, detașați de statele membre în vederea întăririi cooperării judiciare în domeniul penal și a coordonării anchetelor și a urmăririlor penale între autoritățile competente din statele membre.

⁶ Cu personalitate juridică, Europol este alcătuit din ofițeri de poliție din statele membre, are atribuții pe segmentul criminalității organizate transnaționale (schimb de informații între serviciile statelor membre privind infracțiuni precum terorismul, traficul cu ființe umane etc.), fără a dezvolta operațiuni. A se vedea și articolul *Principalele inovații ale Tratatului de la Lisabona*, p. 15, disponibil la adresa electronică https://www.mae.ro/sites/default/files/file/tratate/2009.11.21_brosura_tratatul_lisabona.pdf, accesare la 15 ianuarie 2017.

5. *Consolidarea securității sistemului de transport;*

6. *Cooperarea internațională*, prin suportul oferit Organizației Națiunilor Unite în combaterea terorismului, primordial, prin implementarea rezoluțiilor organizației;

7. *Înființarea unei funcții de „Coordonator al Strategiei Antiteroriste a Uniunii Europene”*, cu atribuții în managementul activităților Consiliului privind Combaterea Terorismului;

8. *Securizarea frontierei UE și a documentelor de călătorie*, prin stabilirea unui regulament al Agenției pentru Paza Frontierelor Europene, inițierea unei directive a Consiliului Europei care să stipuleze obligațiile transportatorilor de a comunica date despre pasageri și adoptarea unui proiect de cooperare vamală;

9. *Eficientizarea sistemelor informatice*, prin adoptarea măsurilor necesare pentru a permite introducerea unor noi reglementări europene privind sistemele informatice, interoperabilitatea bazelor de date ale statelor membre și explorarea probabilităților de creare a unei conexiuni între sistemele informatice (SIS II, VIS și EURODAC), în scopul exploatării valențelor care ar contribui la optimizarea cadrului conceptual legislativ și tehnic în combaterea terorismului⁷.

2.2. Organizația Națiunilor Unite

În prezent, normele dreptului internațional, la care se alătură acțiunile din sfera diplomației și politicii externe, reprezintă baza securității globale, rațiunea elaborării unei strategii de acțiune solide și durabile împotriva amenințărilor neconvenționale. Sunt, de altfel, și motivele pentru care, între altele, cooperarea privind identificarea unor mecanisme juridice universal aplicabile, a schimbului de informații la nivelul entităților informative, referitoare la cazuistica, evoluțiile și tendințele fenomenului terorist, suprimarea finanțării entităților teroriste, împreună cu permanenta modelare a legislației privind frontierele, au fost inițiate de importante organizații internaționale: Organizația Națiunilor Unite, Uniunea Europeană, Organizația pentru Securitate și Cooperare în Europa (OSCE), Organizația Tratatului Atlanticului de Nord (NATO), Organizația Internațională de Poliție Criminală (INTERPOL), Grupul celor Șapte State Industrializate și Federația Rusă (G-8), Organizația Statelor Americane (OAS), Asociația de Cooperare Economică Asia-Pacific.

Aceste principale organisme internaționale și regionale au deschis calea unei serii de inițiative pentru cooperarea în prevenirea și combaterea terorismului care, încă de la momentul 11 septembrie 2001, au căpătat o dimensiune aparte, chemând la îmbunătățirea cadrului legislativ internațional, a schimbului neîntârziat de informații, la perfecționarea procedurilor de extradare, împreună cu blocarea conexiunilor entităților teroriste, îndeosebi a celor de sorginte fundamentalistă, cu palierele economic și social, prin elaborarea unor strategii de acțiune comune, concertate, de asemenea, la nivel internațional.

În efortul general al stopării și controlului celor două fenomene menționate, purtat atât în plan legislativ, cât și în cel de aplicare a legii, alături de cel specific agențiilor de *intelligence*, sunt angrenate organisme specializate în asigurarea suportului tehnic

⁷ The European Union Council Decision of 28 November 2002, establishing a mechanism for evaluating the legal systems and their implementation at national level in the fight against terrorism, în www.europa.eu.int, accesare la 2 februarie 2017.

implementării și perfecționării instrumentelor juridice proprii, de control financiar ori de altă natură, îndreptate, preponderent, spre zona preventivă și de combatere a celor două fenomene, simultan, reliefând necesitatea dialogului internațional la alte niveluri, între care sunt incluse cel politic sau religios. Unul dintre exemplele elocvente este situația concretă dintre Uniunea Europeană și Organizația Statelor Islamice, situație care a condus, prin intermediul misiunilor diplomatice ale statelor membre, la un dialog menit să depășească frontierele geografice. Proporțional, unul dintre cele mai importante impasuri, nedepășite chiar până în momentul de față, este diferența de poziții în privința optimizării legislative a Statelor Unite ale Americii față de cea a Uniunii Europene. Astfel, în timp ce autoritățile americane – ca, de altfel, și Federația Rusă – optează pentru operațiuni, chiar operații militare de anvergură, contra facilităților logistice ale entităților teroriste, precum și împotriva statelor-sponsor (așa-numita „diplomație a loviturilor preventive”), la nivel cel puțin conceptual, Uniunea Europeană este adepta identificării și înlăturării factorilor cauzali ai proliferării terorismului (ex. inegalitatea socială, conflictele religioase și interetnice, alături de sărăcie), plasând pe plan secund acțiunile de anihilare în forță a focarelor de terorism.

Circumscrișă cadrului general al varietății și diferențierii opiniilor exprimate în interiorul organismelor internaționale consacrate acestei problematici, bazată pe nuanțarea acestora, Uniunea Europeană apreciază că activitățile menite să conducă la un concept strategic antiterorist, de nivel global, se înscriu într-un proiect programatic mult mai complex, în care Organizația Națiunilor Unite deține poziția de *unic lider*, concomitent, revenindu-i rolul de *gestionar* al inițiativelor naționale ale statelor, având la bază următoarele principii:

1. Eficientizarea mecanismelor juridice de coordonare a luptei antiteroriste;
2. Suportul acordat organismelor regionale implicate în combaterea terorismului, a criminalității organizate transfrontaliere, precum și eficientizarea procesului de schimb de informații;
3. Armonizarea cooperării dintre Statele Unite ale Americii și organismele juridice regionale.

După seria de atentate din perioada 2001-2006, Organizația Națiunilor Unite și-a intensificat eforturile în direcția stabilirii unui cadru juridic solid, cu dublă valență legislativă: preventivă și combativă, în acest sens, la 8 septembrie 2006, adoptându-se *Strategia mondială antiteroristă* și *Planul de acțiune al celor 192 de state membre*, o abordare globală, integrată și apolitică asupra fenomenului terorismului, în contextul cooperării internaționale.

Este de datoria autorului să sublinieze faptul că necesitatea existenței și punerii în aplicare a unei legislații pragmatice, perfect ancorate în realitate, care să vină în sprijinul contracarării fenomenului terorismului și activităților conexe acestuia (între care se înscriu, cu din ce în ce mai mare vizibilitate, fenomenele radicalizării, al recrutării în scop terorist și cel al migrației ilegale), nu poate fi realizabilă decât prin unificarea soluțiilor oferite de experții juriști împreună cu experții structurilor de aplicare a legii și informații, într-o dublu rol, acela de identificatori și integratori ai unei formulări unitare a faptei/faptelor de terorism, sub autoritatea Națiunilor Unite⁸.

⁸ Autorul este artizanul și susținătorul opțiunii identificării unei definiții unitare a faptei de terorism încă din anul 2007, demers științific susținut cu diferite prilejuri, încă de la finalizarea studiilor doctorale, la

Din necesitatea definirii juridice corecte și complete a terorismului este stringent să fie stabilit un cadru sancționator unanim recunoscut, implementabil la nivelul marilor sisteme de drept⁹, astfel încât, la nivelul comunității internaționale, să poată fi simplificat segmentul cooperării, dar nu numai, prin intermediul căruia să se stabilească direcții de lucru, voluntar agreate, în privința responsabilității statelor asupra abordării amenințărilor neconvenționale, în general, concomitent cu permanenta preocupare de identificare a entităților teroriste, a celor de criminalitate organizată, precum și a statelor-sponsor ale acestora. Este și motivul pentru care consider că adoptarea unui set de măsuri juridice și de politică de securitate, la nivel internațional, este absolut necesar, în cuprinsul căruia este necesar să se regăsească:

a) măsuri sancționatorii și procedurale active, în scopul stopării propagandei teroriste sau care îndeamnă la orice act de natură să pună în pericol securitatea internațională și/sau națională, reținută în sarcina entităților organizate ori neorganizate, în care să se regăsească inclusiv apologia infracțiunilor din acest palier;

b) armonizarea și îmbunătățirea legislației internaționale privitoare la schimbul de informații¹⁰;

c) măsuri preventive, bazate pe analiza de intelligence;

d) măsuri active pentru identificarea și eliminarea vulnerabilităților și riscurilor în plan securitar, prezente în interiorul statelor;

e) măsuri judiciare cu rolul expres de a „indisponibiliza” gama surselor și resurselor (mijloace/mecanisme, metode, procedee) de finanțare a activității entităților teroriste ori de criminalitate organizată;

f) realizarea unei baze internaționale de date, pe criterii unanim agreate, cu acces securizat¹¹. Apreciez că, pentru îmbunătățirea procedurilor împotriva fenomenului terorismului, în cadrul procesului de evaluare și includere a unei entități în categoria celor „teroriste”, se impune parcurgerea următoarelor etape:

1. *Identificarea entității teroriste*. Se poate realiza numai prin crearea cadrului juridic propice activității de monitorizare informativ-operative a oricărei persoane fizice sau juridice (cazul „structurii-umbrelă”), celulă(e), grupare (organizație), rețea și, mai

Facultatea de Drept a Academiei de Poliție Alexandru Ioan Cuza, cu tema *Dimensiunea criminologică a terorismului*, materializată și în volumul cu același titlu, apărut în anul 2012 (2014), la Editura Universul Juridic. Tema unei definiții consolidate, dar mai ales unanim agreate a terorismului a fost susținută și cu prilejul Conferinței RAN (Radicalisation Awareness Network) desfășurată la Viena, în octombrie 2016, precum și prin calitatea de expert național, în cadrul cursului de transfer de bune practici „Prevenirea și combaterea terorismului și a radicalizării în scop terorist”, organizat de organismul TAIEX (Comisia Europeană) în cooperare cu Ministerul Afacerilor Interne din Republica Moldova, desfășurat în Chișinău, în perioada 4-6 octombrie 2016, destinat personalului din Procuratura Generală și altor instituții de aplicare a legii și informative din acest stat.

⁹ Familia sau sistemul juridic de tradiție romanică (rezultat al receptării dreptului roman în Europa), familia sau sistemul de anglo-saxon (common law), sistemul bazat pe dreptul religios (ex. spațiul arabo-islamic) și sistemul dualist, format din dreptul chinez tradițional, ebraic, hindus sau japonez, care îmbină sistemul de norme tradiționale cu cele moderne scrise. A se vedea, pe larg, în referatul *Marile sisteme de drept*, regăsit la adresa electronică <https://dreptmd.wordpress.com/referate/marile-sisteme-de-drept/>, accesare 14 februarie 2017.

¹⁰ Una dintre dificultățile întâmpinate este cooperarea prin schimb de informații din clasa „secrete de stat” – n.a.

¹¹ O paletă similară de măsuri a fost prezentată de autor încă din perioada 2004-2007, care a coincis cu cea a elaborării tezei de doctorat intitulată *Dimensiunea criminologică a terorismului* – n.a.

nou, a rețelelor de rețele, despre care sunt obținute indicii rezonabile de implicare, sub orice formă, în activități teroriste și/sau conexe terorismului, ori în suportul acestora. Se are în atenție identificarea elementelor ce pot conduce la o concepție juridică sancționatorie, unitară, a obiectivelor acesteia. În aceste condiții legale se poate acoperi atât segmentul acțiunilor consumate, dar și intențiile, precum și orice altă activitate conexă terorismului (ex. Planul juridic sancționator referitor la reținerea capacităților utilizate, a celor selectate pentru a fi utilizate etc).

2. *Clasificarea.* După etapa identificării entității cu activitate circumscrisă terorismului sau amenințării conexe terorismului, respectiv evaluarea aspectelor probatorii și a celor informativ-operative reținute în procesul de argumentare a potențialului pericol social generat de activitatea acesteia, se va trece la evaluarea încadrării în categoria „entităților”, precum și a catalogării ca „teroristă” (cu toate că această încadrare ar trebui să fie realizată numai după fundamentarea juridică a definiției unitare a terorismului¹²). Unul dintre modelele propuse a fi reținute evocă ideea conform căreia o entitate este inclusă într-o „listă a entităților teroriste”, doar în condițiile în care membrii acesteia:

- a) comit sau incită la săvârșirea unor acțiuni teroriste ori circumscrise terorismului;
- b) se implică, în orice mod, în planificarea atentate teroriste;
- c) sunt implicați în activități de culegere a informațiilor privind potențiale ținte ale actelor teroriste;
- d) asigură sau oferă sprijin logistic unei entități teroriste¹³.

În această variantă, opinez că includerea unei entități în categoria celor „teroriste” poate expira, într-un interval agreat unanim de statele membre, ceea ce va presupune, proporțional, că procedura prezentată poate fi aplicată în cazul „reclasificării” acesteia. De asemenea, în acord, statele membre pot revoca (re)clasificarea, în baza indiciilor temeinice, de natură a reclama adoptarea acestei măsuri.

Dintre consecințele includerii unei entități în categoria celor „teroriste” pot fi reținute:

- a) condamnarea entității teroriste prin legislație sancționatorie, adoptată la nivel internațional;
- b) urmărirea și extrădarea reprezentanților și membrilor acesteia, în cazul în care sunt cetățeni străini sau apatrizi;
- c) sprijinirea demersurilor de reducere a surselor de finanțare a activităților teroriste și încurajarea altor state de a proceda în mod similar;
- d) semnalarea altor state în legătură cu focusarea eforturilor instituționale asupra grupărilor teroriste identificate;
- e) orice instituție financiară va fi în măsură să adopte și să operaționalizeze măsuri imediate de blocare a accesului la fonduri provenite de la orice persoană fizică sau juridică, în cazul în care se stabilește că persoana este în posesia sau controlează fonduri care finanțează, ori despre care se dețin indicii temeinice cu privire la deturnarea acestora către suportul unei/unor entități teroriste;
- f) blocarea actelor de donații sau contribuții la tranzacțiile economice cu structurile menționate;

¹² Reprezintă încă un motiv pentru identificarea și stabilitatea unui cadru sancționator unitar – n.a.

¹³ Gheorghe V., *Dimensiunea criminologică a terorismului*, teză de doctorat (manuscris), p. 249.

g) creșterea conceptului de maximizare a vigilenței populației privind activitățile teroriste ori conexe terorismului;

h) interzicerea furnizării, cu bună știință, a sprijinului material, resurselor și instrumentelor de natură financiară, capacității de găzduire, organizării și desfășurării oricăror activități de antrenament, consultanță sau asistență, protecție, a deținerii, în orice mod, confecționării și utilizării documentelor false de identificare, echipamentului de comunicații, armament, substanțe letale, explozivi, încadrării cu personal, mijloace de transport, și a altor bunuri fizice, cu excepția medicamentelor și a materialelor religioase, unei entități clasificate „teroristă”¹⁴.

Un aport similar, în armonizarea cooperării pe plan european, l-a avut Uniunea Europeană și România, ca actor statal, prin demersurile de implementare, în anul 2001, a *Rezoluției 1373 a Consiliului de Securitate al Organizației Națiunilor Unite*, vizându-se adoptarea unei poziții comune, la nivel european, referitoare la combaterea terorismului, aplicarea unor măsuri specifice de combatere, adoptarea unei liste a persoanelor și oricăror structuri teroriste vizate, demersuri care conferă Uniunii Europene un sistem unitar de aplicare a măsurilor restrictive împotriva proliferării fenomenului menționat. Consiliul ministerial al Uniunii Europene a fost inițiatorul și organismul care a adoptat un cadru legislativ propice impunerii unor măsuri restrictive împotriva entităților teroriste (organizate sau nu), înscrise în acordurile comune cu privire la aplicarea măsurilor de combatere a terorismului care acționau în interiorul granițelor unionale și care fac obiectul anchetelor instituțiilor competente material și magistraților în contextul cooperării împotriva criminalității, text de altfel prevăzut în „Capitolul VI” din Tratatul Uniunii Europene și asupra celor din spațiul extern al Uniunii, înscrise în acordurile comune privind aplicarea unor măsuri de combatere a terorismului și de blocare a surselor de finanțare.

Înscrierea unei entități pe lista menționată va produce două efecte juridice: primul, constă în faptul că statul este obligat să blocheze orice capital economic deținut de aceasta în interiorul granițelor statale, respectiv, acela că, orice persoană al cărei nume apare pe listă, poate fi pusă sub acuzația de „susținătoare și/sau instigatoare” la acte de terorism¹⁵.

Se apreciază că „Programul Organizației Națiunilor Unite de Prevenire a Actelor de Terorism” a fost creat și prezintă soluții pragmatice îndreptate spre stabilirea unei legislații naționale eficiente, în conformitate cu noile strategii de luptă antiteroristă, precum și consultarea, în plan juridic, la nivelul experților, pe problematicile specifice, apărute în interul fiecărui stat membru.

Programul cuprinde activități referitoare la implementarea unei strategii de acțiune menită să combată terorismul, promovarea unei politici comune de combatere a activităților de spălare a banilor și de înăsprire a regimului de control la punctele de frontieră, promovarea, implementarea și ratificarea instrumentelor internaționale de combatere a terorismului, prin reevaluarea celor existente și optimizarea cooperării internaționale, înăsprirea pedepselor privative de libertate împotriva persoanelor care comit acte de terorism și distrugerea conexiunilor dintre criminalitatea organizată și

¹⁴ *Ibidem*, p. 250.

¹⁵ Kirk, L., *EU agrees common list of terrorists*, 28 decembrie 2001, articol regăsit pe www.Euobserver.com.

terorism, alături de asistența tehnică în crearea instituțiilor cu atribuții în eficientizarea cooperării la nivel internațional¹⁶.

Din perspectiva scopului juridic propus, este de subliniat că, pe timpul desfășurării lucrărilor acestui organism internațional, statele arabe au ridicat problema denunțării Israelului, ca stat care practică și susține terorismul, acuzație argumentată de exemple de acțiuni violente din teritoriile arabe ocupate, demolarea locuințelor, confiscarea proprietăților și exilarea populației civile palestiniene. În plus, aceleași state au denunțat legitimitatea acestui organism datorită identificării religiei islamice cu un factor potențator al terorismului.

Organizația Națiunilor Unite, ca for internațional, a prezentat una dintre cele mai pragmatice proceduri în domeniul prevenirii și combaterii terorismului. Cu toate acestea există numeroase prevederi criticabile, mai ales în două din cele douăsprezece convenții¹⁷.

Cadrul legislativ, oferit de instrumentele juridice emise de ONU, pe problematica terorismului, prezintă potențiale fapte penale referitoare la transportul aerian (atacuri asupra facilităților aeroportuare ori a personalului și beneficiarilor acestor facilități), activități de finanțare a terorismului, materiale periculoase (ex. deținerea de explozivi, a dispozitivelor explozive ori altor materiale utilizate/utilizabile la comiterea actelor teroriste), capabilități nucleare, interesând persoane care posedă, utilizează, transferă sau modifică materiale nucleare în scopul cauzării morții sau rănirii unor persoane ori deteriorării unei proprietăți; furtul și contrabanda de materiale nucleare, obiective fixe sau mobile (deturnări de vase ori atacul asupra unor puncte strategice), precum și referiri la statutul victimei atacului terorist (acte sau fapte teroriste asupra unor demnitari, oficiali ai unor organisme internaționale și familiilor acestora)¹⁸.

Este de menționat că realizarea unei anchete judiciare internaționale și incriminarea actelor teroriste, în special, inclusiv în România, pot fi realizate doar în condițiile consacrate printr-un cadru juridic optim care să țină cont de următoarele cerințe¹⁹:

1. Referitor la *incriminare*, cu toate că prevederile „Convenției referitoare la Infracțiuni și alte acte comise la bordul unui avion” nu conțin sancțiuni nemijlocite pentru actele teroriste, în textele celorlalte convenții ONU sunt inserate referiri exprese la caracterul penal al acestora și solicită statelor membre să adopte măsura extrădării atentatorului, dacă se află/identifică pe teritoriul național²⁰;

2. Referitor la *participație*, stabilirea exactă a participării ori complicității la comiterea unor acte sau fapte teroriste;

3. Referitor la *aplicarea măsurii extrădării*, elaborarea unor instrumente juridice (cel mai probabil protocoale) privitoare la această măsură;

¹⁶ *** *Report of the Policy Working Group on the United Nations and Terrorism*.

¹⁷ Unul dintre aceste exemple este reflectat de situația „deturnărilor”, fapte inserate în „*Convenția referitoare la infracțiuni și alte acte comise la bordul unui avion*” (1963), în conținutul căreia este menționată solicitarea exclusivă a statelor membre de a stabili pedepse, în conformitate cu cadrul juridic național, pentru acte teroriste comise la bordul unui avion aparținând unui stat – n.a.

¹⁸ *** *Universal Antiterrorism Conventions and Protocols*, regăsit pe www.unodc.org, accesare la 1 februarie 2017.

¹⁹ *** *Legislative Guide to the Universal Antiterrorism Conventions and Protocols*, prepared by the United Nations Office of Drugs and Crime, disponibil pe www.unodc.org, accesare 11 februarie 2017.

²⁰ Prin excepție, Convenția privind Explozivii Plastici din anul 1961.

4. Referitor la *stabilirea mobilului și intenției comiterii actului criminal*, incriminarea pentru actele teroriste va fi materializată doar cu respectarea cadrului legal existent pentru evitarea unor acuzații nefondate;

5. Referitor la aspecte ce țin de *cooperare și asistență mutuală a statelor membre*, efortul va fi axat pe incriminarea reciprocă a actelor și faptelor de terorism;

6. Cu privire la *excepțiile ce țin de detalii politice sau discriminatorii*, se stabilesc detalii procedurale menite să excludă stabilirea unor aspecte subiective, discriminatorii, de ordin politic, în cuantificarea actului de terorism;

7. Referitor la *respectarea drepturilor fundamentale ale persoanei suspectate de comiterea unor acte teroriste*²¹, orice act împotriva unui suspect va fi efectuat sub garanția respectării drepturilor fundamentale și garanțiilor procesuale comun agreeate de la nivel internațional.

De menționat că, efortului de stabilire a principalelor atribuții ale Organizației Națiunilor Unite, referitoare la prevenirea și combaterea terorismului, i-au urmat și alte inițiative reliefate corespunzător în activitatea altor grupuri de lucru, dintre care evidențiem „G-8”, a cărui activitate a fost axată pe eliminarea oricărei activități teroriste sau de tip terorist, prin implementarea unor măsuri îndreptate către eradicarea mijloacelor de comunicații pentru planificarea unor acte teroriste, diminuarea amenințărilor teroriste prin aplicarea unor proceduri menite să asigure securitatea transporturilor de orice tip ale statelor membre „G-8”, precum și atragerea personalului voluntar în scopul sprijinirii Organizației Internaționale a Aviației Civile, anihilarea oricăror căi de retragere ale teroriștilor fugari și de a obține protecție.

3. România, în efortul de prevenire și combatere a terorismului și amenințărilor conexe

Accederea României la Uniunea Europeană, în urmă cu 10 ani, a atras implementarea unor standarde instituționale și procedurale firești, o continuă racordare a sistemului de drept intern la legislația europeană, fapt ce a generat, după cum era de așteptat, o permanentă modificare a legislației referitoare la prevenirea și combaterea terorismului, implicit, o constantă creștere a activității tuturor instituțiilor din Sistemul de Prevenire și Combatere a Terorismului (SNPCT)²².

²¹ *Legislative Guide to the Universal Antiterrorism Conventions and Protocols*, prepared by the United Nations Office of Drugs and Crime, disponibil pe www.unodc.org, accesare la 11 februarie 2017.

²² *Coordonat strategic de Consiliul Suprem de Apărare a Țării, din cadrul SNPCT fac parte: Serviciul Român de Informații (coordonator tehnic), Ministerul Afacerilor Interne, cu atribuții exprese în acest sens, regăsite în cadrul art. 3, lit. „b”, pct. 2 din O.U.G. nr. 30 din 2007, Serviciul de Informații Externe, Ministerul Apărării Naționale, Serviciul de Telecomunicații Speciale, Serviciul de Protecție și Pază, Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, coordonator al activităților de urmărire penală și supraveghere a acesteia, activitate derulată de procurori din cadrul Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, pentru identificarea și tragerea la răspundere a autorilor infracțiunilor constând în săvârșirea oricăror fapte sau acte de terorism ori altor fapte prin care se susține sau facilitează săvârșirea unor asemenea acte, Ministerul Justiției, Ministerul Afacerilor Externe, împreună cu Departamentul pentru Controlul Exporturilor-ANCEX, Ministerul Economiei, Comerțului și Relațiilor cu Mediul de Afaceri, Ministerul Finanțelor Publice, Ministerul Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene, Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale, Ministerul Sănătății, Ministerul Comunicațiilor și Societății Informaționale, Ministerul Mediului, Apelor și Pădurilor, Ministerul Transporturilor, Oficiul Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor, Comisia Națională pentru Controlul Activităților Nucleare, Banca Națională a României.*

După Revoluția din 1989, teritoriul României nu a fost ocolit de acte de terorism sau conexe terorismului, comise, totuși, cu o pondere nesemnificativă. Realitățile Uniunii, implicit cele din România, relevă o anumită creștere a preocupării instituțiilor de forță ale statului în privința activităților generatoare de riscuri la adresa securității naționale, generând modificări la nivelul normativului legal, în conținutul strategiilor de luptă împotriva terorismului, a amenințărilor conexe (ex. cazul radicalizării în scop terorist²³) și a mării criminalități. Pe de altă parte, evoluția terorismului internațional a impus adoptarea unor măsuri legislative și administrative pentru apărarea vieții propriilor cetățeni, dar și a reprezentanților ori reprezentanțelor statelor străine, aflate în spațiul unional.

Păstrând rigoarea realității, spun că, în fericitul caz al țării noastre, până în prezent, nu putem vorbi de existența concretă a unor amenințări teroriste, principalele riscuri și amenințări la adresa siguranței naționale derivând din evoluțiile situației internaționale, cu impact asupra dinamicii unor entități teroriste organizate.

Este un fapt cert că la nivelul sistemului juridic din România a fost înțeleasă utilitatea cadrului juridic construit în interiorul uniunii, și, ținând cont de aria juridică supusă dezbaterii, s-a stabilit o serie de direcții juridice prioritare, în scopul armonizării²⁴:

a) modelarea cadrului normativ național, tinzând către o strategie integratoare și preventivă, în scopul augmentării capacității de identificare, documentare și înlăturare a amenințărilor teroriste, conexe terorismului, și de apărare a vieții, ca valoare socială fundamentală, apărată prin normele de drept, în concordanță cu documentele juridice emise la nivelul Uniunii Europene;

b) reconfigurarea cadrului național referitor la realizarea interoperabilității conceptual-instituționale și organizatorice pe linia cooperării juridice și operaționale cu alte servicii externe partenere, în scopul prevenirii și combaterii amenințărilor neconvenționale de natură transnațională, precum și reducerii ori eliminării riscurilor producerii unor de această natură.

c) identificarea și inițierea unor măsuri de monitorizare, precum și restrângerea capacităților de acțiune ale elementelor aderente sau simpatizante ale entităților teroriste, pe teritoriul României, care aduc sau pot aduce atingere, nemijlocit sau direct, securității naționale.

d) crearea cadrului legal de identificare a legăturilor existente ori suspiciuni în acest sens, între entități teroriste organizate și segmente ale crimei organizate autohtone sau cu activitate transnațională, în derularea unor acțiuni care ar prejudicia interesele de securitate ale spațiului Uniunii Europene.

Într-o măsură perfectibilă această paletă de activități este satisfăcută, în prezent, de aplicarea unitară a *Strategiei de Securitate Națională a României* (2006), respectiv a „*Strategiei Naționale de Prevenire și Combatere a Terorismului*” (2002), evidențiindu-se că „*terorismul reprezintă o negare radicală a normelor, principiilor și valorilor, ce caracterizează relaționarea interumană în lumea civilizată, o amenințare severă la*

²³ Apud materialul *Lupta UE împotriva terorismului*, regăsit la adresa electronică <http://www.consilium.europa.eu/ro/policies/fight-against-terrorism/>, accesare la 10 februarie 2017.

²⁴ Modificările aduse Legilor republicate, nr. 535 din 2004, respectiv 51 din 1991, au fost rodul consultărilor pe proiecte legislative, cu experți din cadrul Ministerului Afacerilor Interne, Serviciul Român de Informații, Serviciul de Informații Externe, Ministerul Justiției.

adresa securității naționale a statelor, precum și o provocare majoră în planul stabilității internaționale, cu efecte negative asupra întregului sistem mondial”, precum și reconfigurarea celor două legi speciale.

Adoptarea acestui act de necesitate, ca parte a efortului juridic de prevenire și combatere a terorismului și amenințărilor conexe, face ca noile direcții strategice să vizeze, prioritar:

a) participarea statului român la demersurile internaționale în domeniu, prin armonizarea legislației naționale, în concordanță cu obligațiile asumate în interiorul instrumentelor juridice internaționale de cooperare în materie de antiterorism și adoptarea unor reglementări juridice optime, menite să asigure cadru legal activităților specifice de prevenire și combatere a terorismului, desfășurate de SNPCT, făcând referire la aspectul penal (inclusiv prin instituirea unor proceduri derogatorii de la dreptul comun, vizând instrumentarea și sancționarea faptelor și actelor de terorism sau conexe acestui fenomen).

b) protejarea întregului teritoriu național în fața unor activități teroriste sau asimilate/asociate terorismului, prin metode și mijloace specifice de prevenire a acestora;

c) diminuarea riscurilor și vulnerabilităților la adresa securității naționale, rezultate din activitățile derulate de entitățile teroriste active pe teritoriul României, independent sau în asociere cu diferiți corespondenți din străinătate sau din mediile autohtone. sursa

Așa după cum am menționat, Legea nr. 535 din 2004, privind prevenirea și combaterea terorismului, actualizată în anul 2016, constituie, în prezent, actul normativ de bază în domeniul de referință integrând, în conținut, subdomenii cum sunt: cel al finanțării actelor teroriste, instituirea de restricții privind efectuarea unor operațiuni financiar-bancare interzise și operațiuni financiar-bancare supuse autorizării. Prin această lege, au fost definite noțiunile de *terorism*, *terorist*, *grup structurat*, *grupare teroristă*, *organizație teroristă*, *intervenția antiteroristă* și *contrateroristă*, *incriminate infracțiunile ce constituie acte de terorism*, precum și *alte situații și entități ce au legătură directă cu acest fenomen*²⁵. În egală măsură, cadrul normativ menționat instituie măsuri procedurale privind desfășurarea unor activități în scopul culegerii de informații din sfera amenințărilor la adresa securității naționale, așa cum sunt stipulate prin actualizata Legea nr. 51 din 1991 privind securitatea națională.

Pentru a răspunde eficient amenințărilor de natură teroristă, la nivel național a fost adoptat, încă din anul 2004, prin Hotărârea CSAT nr. S/66²⁶, Sistemul Național de Alertă Teroristă, ca instrument adecvat de informare, prevenire, descurajare și combatere a acțiunilor de pregătire și desfășurare, pe teritoriul țării noastre, a unor acte teroriste. În scopul asigurării climatului de siguranță pentru instituțiile statului și societatea civilă, în anul 2010 a fost adoptat, de asemenea, „Planul de acțiune al Ministerului Afacerilor Interne în situații de alertă teroristă”, document procedural ce stabilește, în mod gradual și punctual, activitățile realizate de structurile de profil din subordinea acestui minister la instituirea nivelurilor de alertă, precum și responsabilitatea coordonării misiunilor și acțiunilor acestora. Este de remarcat că, în acest context, România, prin reprezentanții Ministerului Afacerilor Interne, participă la proiecte de cooperare în domeniu și de împrumut de bune practici, atât cu structuri similare străine, cât și cu instituții și

²⁵ În opinia autorului, cu elemente perfectibile.

²⁶ Conform adresei electronice www.sri.ro/pdfuri/2-2-2006.pdf.

organisme internaționale, organizate de INTERPOL, Uniunea Europeană, OSCE, CEPOL, FBI, NATO, Centrul „George C. Marshall” sau Centrul SECI.

O sarcină prioritară în cadrul acestui efort a vizat activitățile desfășurate pentru prevenirea prezenței pe teritoriul național a unor entități semnalate cu apartenență sau simpatizante ale unor entități teroriste, incluse pe Listele consolidate ale ONU și Uniunii Europene. În acest sens, normativul impune verificarea conexiunilor care privesc entitățile semnalate, concomitent cu monitorizarea atentă a exponenților sau promotorilor unor concepte de esență extremist-teroristă.

Concluzii

Pe fondul profundelor modificări ale situației de securitate în plan extern, pentru fundamentarea demersurilor de documentare a actelor și faptelor de terorism și/sau conexe terorismului, consider că sunt absolut necesare modificări ale legislației speciale, atât la nivelul organizării și funcționării instituțiilor cu atribuții în prevenirea și combaterea terorismului, al sistemului de sancțiuni, cât și la nivelul forurilor naționale și internaționale, activități menite să determine, pe de-o parte, creșterea acurateții și expresivității normelor de ilustrare a competențelor materiale ale instituțiilor statului²⁷, pentru înlăturarea potențialelor interpretări neunitare și nedorite ale legii, legate de atribuțiile și limitele competențelor instituționale în domeniu, îndeosebi pe segmentul informativ-operativ²⁸, cu atât mai mult al cooperării interinstituționale. În acest context, cu toate modificările aduse legislației privitoare la reglementarea activităților de culegere, prelucrare, stocare și exploatare a informațiilor și a surselor de informații, apreciez că se vor înregistra evoluții notabile, ce-și vor găsi reflectarea în gestionarea mai eficientă a amenințărilor, riscurilor și vulnerabilităților la adresa securității naționale a României. În acest sens, sunt necesare demersuri pentru adoptarea și implementarea unui set optimizat de reglementări, menit să asigure condiții corespunzătoare derulării operative și eficiente a unor acțiuni specifice, de natură să prevină și/sau să combată terorismul, precum și infracțiunile asociate, în oricare dintre formele de manifestare, atât pe plan intern, cât și în cel internațional, cu excluderea oricăror ingerințe.

În următoarea perioadă, România trebuie să fie pregătită pentru adaptări flexibile a legislației în lupta împotriva terorismului și amenințărilor conexe, fără a ține cont de urgența sau aria de răspândire a acestor fenomene, acționând în limitele consfințite de statul de drept, de respectarea drepturilor fundamentale ale omului, în ciuda greutăților întâmpinate, țara noastră dovedindu-se un partener statal serios, care dispune de capacitatea de a contribui la efortul de revigorare a legislației unionale și internaționale, într-un spațiu garant al valorilor și principiilor democratice.

²⁷ Cu referire la structurile informative și de aplicare a legii din MAI, alături de cele ale Ministerului Public, SRI, SIE și MAPN – n.a.

²⁸ Cu referire nemijlocită la opiniile care promovează o competență exclusivă (îndeosebi în domeniul informativ) a SRI, pe segmentul prevenirii și combaterii terorismului – n.a.

AFLAREA ADEVĂRULUI PE BAZĂ DE PROBE LINGVISTICE. REPERE ALE PRACTICII EUROPENE ȘI EVOLUȚIA PREOCUPĂRII ȘCOLII ROMÂNE

Neculai ZAMFIRESCU*

Ștefania SELEGIAN**

Abstract:

This paper aims at analyzing the way linguistics is applied in law. Forensic linguistics refers to using the linguistic knowledge and methodology to solve real situations in court. There are at least two reasons that sustain the importance of the language for the law. First, laws cannot exist without the ability to describe them using the language. Secondly, language is essential in order to convey the complexity of the law. Choosing the most appropriate words is greatly important for applying the law in real situations.

Keywords: *Forensic linguistics, linguistics and law, sociolinguistic research*

1. Repere ale practicii europene

Expertiza lingvistică în domeniul juridic este de o mare importanță atât în redactarea, cât și în aplicarea legii. Cunoscută sub denumirea de **lingvistică judiciară** sau **forensic linguistics**, această disciplină este bine dezvoltată mai ales în Statele Unite ale Americii și Canada¹, iar în țara noastră insuficient exploatată. Lucrarea de față își propune să prezinte, pe scurt, relația dintre lingvistică și drept, structurată în câmpul interdisciplinar al lingvisticii judiciare.

Lingvistica juridică se referă la folosirea cunoștințelor lingvistice și a metodologiei proprii cercetării lingvistice pentru a rezolva chestiuni reale/concrete relevante pentru litigiile juridice. Există cel puțin două argumente care susțin importanța lingvisticii pentru domeniul juridic. În primul rând, legile sau normele juridice nu pot exista fără abilitatea de a le descrie sau articula cu ajutorul limbajului. În al doilea rând, limba este un instrument esențial pentru a reda și a transpune complexitatea legii.

În sensul larg, *forensic linguistics* acoperă toate domeniile în care limba și legea se intersectează²: 1. *Limba și lege* (legislație, comprehensiunea documentelor legale, analiza și interpretarea textelor legale, chestiuni legate de interculturalitate și mediere ș.a.); 2. *Limba în procesele legale* (interviuri cu martori vulnerabili, interviuri ale poliției, traducere și interpretare în cadrul proceselor ș.a.); 3. *Limba ca probă* (descoperirea autorului unui text, plagiatul, identificarea vorbitorului prin compararea vocilor, declarații, confesiuni, dialectologie, sociolingvistică, semantică, pragmatică, analiza

* Conf. univ. dr., Universitatea Ecologică București, e-mail: zamfirescu_49@yahoo.com

** CS III, Societatea Română a Cercetătorilor în Strategii Judiciare; e-mail: stefaniaselegian@gmail.com.

¹ M. Debono, *Réflexions sur l'expertise linguistique/sociolinguistique à partir de l'exemple de la linguistique légale: enjeux de pouvoir et opportunité*, Ed. COLONNA, R. Limoges 2014, pp. 31-42.

² <http://www.iafl.org/forensic.php>.

vorbirii ș.a.); 4. *Cercetare* (practica și etica martorului, prezentarea probelor lingvistice, lingviști în calitate de martori experți, dezvoltarea limbajului pentru specialiști în drept etc.).

Importante încercări de definire a câmpului de cercetare al lingvisticii juridice au fost întreprinse încă din anul 1989 de către profesorul american *William Labov*, prin intermediul cercetărilor sale efectuate în domeniul *sociolingvisticii*. Acesta a fost primul care a scos în evidență aportul teoriei lingvistice în domeniul juridic. În 1990, *Claude Tausignant*, profesor de lingvistică la Universitatea din Quebec, a publicat lucrarea *La linguistique en cour de justice (Lingvistica în sala de judecată)*³ în care sunt analizate diferitele modalități de aplicare a lingvisticii în domeniul juridic. Autorul ilustrează aspecte din expertiza lexicală, sintactică, fonetică și sociolingvistică prin cazuri și exemple concrete.

Fonetica poate fi de folos în identificarea vocii sau poate da lămuriri suplimentare cu privire la anumite afirmații. Astfel, diferența dintre sunetele **p** și **b** poate fi importantă pentru a identifica dacă într-o înregistrare a fost folosit cuvântul **bombă** sau cuvântul **pompă**, mai ales atunci când contextul nu oferă indicii suplimentare pentru identificarea sensului⁴.

Lexicologia și mai cu seamă *semantica*, pune accentul pe importanța unei bune cunoașteri a sensului exact al termenilor folosiți, iar această competență nu se poate dobândi decât printr-o cercetare riguroasă a termenilor în dicționare. Aceasta permite elucidarea ambiguității lexicale declanșată de un cuvânt care poate avea mai multe sensuri. Astfel, distincția dintre termenii **remunerație** și **salariu**, care la o primă vedere sunt sinonime, poate fi de o importanță capitală pentru anumiți salariați care primesc bacșiș⁵.

Expertiza *sociolingvistică*⁶ poate ajuta la determinarea autorului unei producții lingvistice, luând în considerare profilul socio-economic al presupusului autor. Gradul de complexitate al frazelor, folosirea unor cuvinte bine alese indică faptul că autorul acestora este o persoană cultivată, probabil cu studii superioare. De asemenea, anumite expresii de genul **super**, **marfă**, **meserie** nu apar, de regulă, în vocabularul unei persoane în vârstă.

Peter Tiersma, profesor de drept la Loyola Law School din Los Angeles este considerat cel mai important reprezentant al lingvisticii forensice, mișcare ce se structurează în jurul a două organizații, **International Association of Forensic Linguists** și **International Journal of Speech, Language and the Law**⁷.

Convins de importanța lingvisticii în demersul juridic, Tiersma consideră că expertiza lingvistică poate fi de ajutor în rezolvarea unor chestiuni legate de identitate, precum descoperirea autorului anumitor înscrisuri sau chiar identificarea naționalității unei persoane.

Există numeroase exemple în Statele Unite și în Europa, unde se apelează la specialiști în lingvistică pentru a demonstra existența sau inexistența unui fapt. În cartea

³ Macaulay, R., *Metode cantitative în sociolingvistică*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 7.

⁴ Gordon, M.J., *Interviu cu William Labov*, Journal of engleză lingvistică, 2006, p. 34.

⁵ http://linglang.uqac.ca/dialangue/volume02/2_86_cr_tousignant.pdf.

⁶ L. Ionescu-Ruxandriou, *Sociolingvistica și semantică*, EȘE, București, 1981, pp. 240-257.

⁷ <http://leiterlawschool.typepad.com/leiter/2014/04/in-memoriam-peter-tiersma-1952-2014.html>.

*An Introduction to Forensic Linguistics: Language in Evidence*⁸, Malcolm Coulthard și Alison Johnson vorbesc despre exemplul unui expert englez care a fost angajat într-o procedură de apel în urma unei condamnări penale, iar avocatul apărării dorea să demonstreze că formularea directivelor date de către judecător juraților îi predispușe pe aceștia la condamnarea acuzatului.

Lingviștii judiciari pot ajuta justiția prin atribuirea unui text autorului său de drept, nu pe baza scrierii (grafologie), ci pe baza cuvintelor utilizate, ideea de bază fiind aceea că fiecare dintre noi are anumite particularități de exprimare ce pot fi recunoscute de către specialiști în lingvistică. Cazul lui **Unabomber** poate fi folosit pentru ilustrarea acestei tehnici⁹. În perioada 1978-1995 au fost trimise bombe la mai multe universități și companii aeriene americane. În 1995, autorul, încă necunoscut, a trimis la redacția mai multor ziare un manuscris ce a fost publicat. Un bărbat a contactat ulterior forțele de ordine, spunându-le că textul părea a fi fost scris de către fratele său, întrucât conținea expresii folosite de obicei de acesta din urmă. Așa a fost arestat Theodore Kaczynski (Unabomber). La el acasă a fost găsit un alt text ce conținea expresii similare. Avocatul apărării a încercat să argumenteze că aceste cuvinte erau obișnuite și că oricine le putea utiliza. Bazându-se pe o cercetare masivă a textelor pe Internet, FBI a demonstrat atunci că aceeași combinație de cuvinte și de expresii în două texte diferite era extrem de rară și deci incriminatorie pentru acuzat¹⁰. Același gen de analiză a textului a fost utilizat pentru a determina dacă anumite manuscrise nesemnate aparțineau sau nu lui Shakespeare ori pentru a stabili autorul Evangheliilor. Analizele se bazează pe lungimea frazelor, ritmul scrierii, varietatea lexicală, greșelile comise, despre care se crede că sunt specifice fiecărui om și rămân cât de cât stabile de-a lungul timpului.

2. Practica școlii române

În România, influența ideilor și practicii europene s-a manifestat în primul rând asupra celor preocupați de cercetarea aplicativă independentă, astfel ca numeroase lucrări în domeniul lingvisticii judiciare au ajuns pe masa de lucru a organelor judiciare. Exemple:

a. Cercetarea lingvistică și teoriile psihanalitice¹¹

Cercetarea lingvistică este de ajutor în determinarea stării psihice a unei persoane prin aplicarea teoriilor psihanalitice a personalității la maniera de exprimare specifică fiecărei persoane în diferite contexte care solicită un răspuns personal.

⁸ M. Coulthard, A. Johnson, Introducere în Lingvistică Legală: Limba în Dovezi de Publicat de: AEDEAN: Asociación Española de Estudios anglo-americanos URL stabil: <http://www.jstor.org/stable/41055334> Count p. 6.

⁹ Articol publicat în ediția tipărită a Ziarului Financiar din 8 august 2008.

¹⁰ www.bookblog.ro/biografii-si-memorii/unabomber-profetul-ucigas.

¹¹ Neculai Zamfirescu, *Acțiunile psihice interioare ale omului, obiect al identificării criminalistice*, în Revista Română de Psihocriminalistică, Ed. PRO Universitaria, București, 2010, p. 21; *Ne alăturăm punctului de vedere* care atribuie noțiunii de obiect al identificării criminalistice un sens larg ce include obiecte, fenomene, calități, intervale de timp sau de spațiu, inclusiv însușirile fizice sau acțiunile psihice interioare ale omului întrucât ne dă prilejul inițierii și derulării unor proiecte de cercetare științifică care să vină în întâmpinarea tezei noastre privind definirea criminalisticii ca „știință a descoperirii” și sub aprecierea faptului că elementele de natură ideală își dovedesc permanent utilitatea și eficacitatea atunci când în urma activităților expertale privind elemente strict materiale sunt notificate concluzii de probabilitate.

Întrebare avocat: Dacă nu ați fost amenințată, de ce vă este teamă să spuneți ce ați auzit?

Răspuns: Se știe care este motivul pentru care nu vreau să fac declarații cu privire la aceste aspecte, pe care oricum le consider irelevante și subiective.

Întrebare avocat: Ați auzit numele persoanei care l-a omorât pe Durac Petrică?

Răspuns: Da, am auzit, dar **pot să spun că nu este persoana din boxă**, respectiv, Curte Valter.

Prin adresarea de către avocat a întrebării „Dacă nu ați fost amenințată, de ce vă este teamă să spuneți ce ați auzit?”, martora este împinsă pe un teren de încercare a valențelor psihice. Conștientă de situația în care se află, martora reușește să ofere un răspuns pe cât de consistent din punct de vedere al semnificației, pe atât de justificat și echilibrat din punct de vedere psihic.

Astfel, răspunsul: „Se știe care este motivul pentru care nu vreau să fac declarații cu privire la aceste aspecte, pe care oricum le consider irelevante și subiective” denotă refuzul martorei de a intra în jocul avocatului (aceasta precizând că: „Se știe care este motivul”).

Această manieră de prelucrare a informației colectate, precum și răspunsurile oferite, indică faptul că, deși personalitatea martorei este supusă unei cenzuri, aceasta reușește să înlăture interdicțiile, însușindu-și responsabilități și obligații de ordin moral, oferind un răspuns derivat din coroborarea faptelor auzite și cele percepute prin propriile simțuri vizuale și auditive (din perspectiva sa, un răspuns relevant și lipsit de subiectivism), care servește la crearea opoziției față de situația în care se află persoana din boxă¹². „Da, am auzit, **dar pot să spun că nu este persoana din boxă**, respectiv, Curte Valter”.

Se poate aprecia ca, în condițiile arătate mai sus, mărturia nu poate fi apreciată ca fiind falsă, persoana intervievată putând fi considerată, în consecință, de bună credință. Martora răspunde prudent, însă aduce la cunoștință, **fără echivoc**, faptul că, persoana din boxă (Curte Valter) **NU** este persoana care trebuie să suporte consecințele infracțiunii de omor.

b. Elucidarea ambiguității termenilor

Pentru elucidarea ambiguității anumitor expresii, este de mare ajutor analiza semantică a termenilor folosiți. Putem, de exemplu, să analizăm care este relația semantică dintre expresiile: **s-au descoperit** sau **pot fi descoperite**, pentru a vedea dacă acestea funcționează sau nu ca sinonime, putând fi astfel folosite prin alăturare în textul legii¹³. Printre motivele pentru care revizuirea trebuie să fie admisă se regăsește și

¹² T. Butoi, *Tratat de Psihologie Judiciară*, Ed. Fundația România de Măine, București, 2001 – Psihanaliza criminală pune accentul pe achizițiile sociale exprimate în cenzură și gama refulărilor aflate în subteranele sufletului infractorului. Cenzura morală este, în fapt, conștiința ca grilă de exigențe ale societății interiorizată în individ – Eul social.

¹³ S-au descoperit. În acest caz, verbul este la modul indicativ, timpul perfect compus. Perfectul compus - convertit în timp narativ, prin caracterul perfectiv al temporalității sale, este un timp verbal care fixează într-o perspectivă de anterioritate ireversibilă încheierea implacabilă a unor procese. Perfectul compus

descoperirea de noi probe, adică aflarea unor elemente noi susceptibile de a servi ca probă în justiție și de natură a aduce o lumină nouă asupra faptelor constatate prin hotărârea condamnatorie definitivă.

Revizuirea are în vedere lipsurile de fond în aprecierea și soluționarea pricinii. În afară de faptul că este o cale de atac în sine, revizuirea este și o cale de atac de retractare, întrucât, deși hotărârea atacată nu este nelegală și netemeinică, în fața judecătorilor ce o examinează **se invocă situații noi ce pot fi dovedite**, și care, dacă ar fi fost cunoscute, ar fi dus fără putință de tăgadă la o altă soluție, diametral opusă.

Din această perspectivă, interpretarea art. 453 alin. (1) C. pr. pen. (cazurile de revizuire) poate avea următoarea conotație – „Revizuirea hotărârilor judecătorești definitive, cu privire la latura penală, poate fi cerută când: a) **s-au descoperit**, ori **pot fi descoperite** fapte sau împrejurări ce nu au fost cunoscute la soluționarea cauzei și care **dovedesc**, **pot dovedi**, netemeinicia hotărârii pronunțate în cauză.”

Interpretarea la care facem referire, are în vedere apropierea semantică între sintagmele **s-au descoperit** și **pot fi descoperite**. Această apropiere se poate face prin „certitudinea că acțiunea se va realiza” redată de, **pot fi descoperite**, unde avem prezent cu valoare de viitor cert.

c. Stabilirea relațiilor interpersonale

Așa-zisele forme de rezolvare fac parte din strategiile inițiate de M. A. și D. G. în vederea derulării unor contracte de vânzare-cumpărare speculative privitoare la suprafețe de teren ce le aparțineau fiecăruia.

Remarcăm acest aspect din cuprinsul procesului-verbal de redare în forma scrisă a dialogului din data de 1 decembrie 2007, orele 13:29:48.

(...) D.G.: Adrian, să vezi cum porți discuția cu el. Am înțeles că ar mai fi avut o ofertă, asta... El mi-a zis atunci unul, ți-am zis că unul vrea. Acum!

M.A.: Bine, eu cât îi ofer? Opt, nu?

D.G.: Începi de la opt. Opt, pe urmă cinci, începi și tu să...

M.A.: Bine, vedem ce zice. Da!

D.G.: Da. Și dacă vezi că nu asta, până la urma n-ai ce face, îi dai și... Asta e! Rămâne mai puțin în partea ailaltă.

exprimă o acțiune care s-a împlinit, desăvârșit, îndeplinit, terminat, realizat, dus la bun sfârșit, perfectat și marchează anterioritatea în raport cu prezentul. Valorile perfectului compus sunt:

a. Perfectul compus permite să considerăm că un proces este împlinit, în momentul enunțării, se opune astfel prezentului care evocă un proces în curs de realizare.

b. Marchează starea ce rezultă în urma terminării, îndeplinirii procesului, rezultatul dobândit la momentul prezentului fiind cel care contează: „El a plecat, el a ieșit”. Rezultatul este cel care contează, și anume „El nu mai este aici”.

Pot fi descoperite. În acest caz avem de-a face cu un verb folosit la prezent, dar cu valoare de viitor. Însă, prezența verbului **a putea**, ne conduce la o analiză mai aprofundată. În cazul utilizării prezentului cu valoare de viitor, nu contează depărtarea temporală reală, ci starea psihologică de moment a vorbitorului, certitudinea că acțiunea se va realiza. Realizarea acțiunii deși este incertă, procesul anticipat este considerat un fapt sigur. Forma verbală este de prezent, însă timpul de referință cerut de determinanții temporali este viitorul: „- În cel mult o jumătate de oră aflăm!” (Al. Andrei, Zăpezile iubirii, II). Verbul modal **a putea** ca verb ajutător în sintagma de mai sus, arată cum vede vorbitorul acțiunea exprimată de acesta. Astfel, verbul **a putea** poate face referire la 1. capacitate, 2. permisiune, 3. posibilitate, probabilitate, 4. eventualitate, 4. sporadicitate.

M.A.: Deci până la urmă s-ar putea să rămână la unul.

D.G.: Păi, eu știu?! Tu... Cred că n-o să ai... Eu știu cum o fi? O iei de la opt și negociezi. S-ar putea ca eu să încerc să mai...

M.A.: Bine, dar discuția este cea care am avut-o noi, adică eu sunt proprietarul de lângă și...

D.G.: Da. Da. Da. Așa. Da. Da.

M.A.: În calitate asta. Da?

Solicitarea lui M.A. reflectată de dialogul din ziua de 4 decembrie 2007, la ora 13:34:23 (contractul ăla cu 2-5) privea suprafețele de teren despre care se convenise asupra prețului în ziua de 1 decembrie 2007, orele 13:29:48, când M.A. urma să se prezinte drept proprietarul unei suprafețe de teren ce aparținea în fapt și în drept lui D.G.

Coroborând replicile dialogurilor mai sus notificate, constatăm faptul că adevărata natură a relațiilor dintre M. A. și D.G. este în mod cert reflectată de interesul reciproc privind operațiunile speculative realizate în scopul comasării terenurilor și obținerea pe această cale a unor profituri reciproce.

Interesul reciproc NU exclude, ci presupune confidențialitatea (*o să vorbim între patru ochi când ne vedem*) și ajutorul (punerea la dispoziție a unor persoane).

CONCLUZIE

Reprezentanți ai spațiului academic, alături de reprezentanți ai sistemului de justiție din țara noastră admit faptul că preocupările actuale în domeniul *forensic linguistics* sunt de o mare importanță în aplicarea legii¹⁴. Se apreciază că, cercetarea științifică aplicativă independentă tinde să dezvolte episteme, ferestre ale cunoașterii deschise investigației forensice, ce presupune punerea în aplicare a cunoștințelor științifice la problemele descoperirii crimei și criminalului, aplicarea științei la problemele penale și legile civile.

¹⁴ Centrul de Cercetări din Râmnicu Sărat este singura unitate de drept privat care și-a asumat prestări de servicii în domeniul științelor criminale. Unitatea funcționează ca o instituție științifică de formare, specializare, perfecționare și recomandare a cercetătorilor în strategii judiciare. Capacitatea de a desfășura activități de cercetare-dezvoltare a fost evaluată de Autoritatea Națională pentru Cercetare Științifică și atestată prin Decizia 9757/2009.

EVOLUȚIA CRIMINALISTICII ROMÂNEȘTI ÎN PERIOADA POST ADERARE

Vasile STOICA*

Abstract:

The author emphasizes the importance of evolution and forensics in the Romanian society in view of technological developments in the field to identify authors. The evolution of Romanian society marked over time offenders and a permanent adaptation which imposed the adoption of new research techniques and methods that can lead to the identification of the perpetrators as soon as possible.

Keywords: *technical, methodical, forensics, evolution, perspective*

Recunoscută ca atare, Criminalistica, cu metodele, tacticile și tehnicile proprii, a apărut la sfârșitul secolului trecut devenind, aproape instantaneu, unul dintre factorii determinanți în lungul și complexul proces de investigare, care are drept scop final identificarea autorilor. Datorită acestei științe, justiția a putut beneficia, în soluționarea celor mai complexe cauze penale, de probe certe, bazate pe constatări științifice bine argumentate și libere de arbitrajul și subiectivismul inerente probațiunii testimoniale.

Hans Gross a definit criminalistica „o știință a stărilor de fapt în procesul penal”¹. Această definiție universal valabilă vine să consolideze importanța pe care o are investigarea criminalistică într-o cauză penală, statisticile actuale arătând că aproximativ 70% din cazuistică este rezolvată prin metode și tehnici strict științifice.

De la început se poate remarca faptul că, țara noastră a fost printre primele țări din lume în care s-a înțeles reala importanță pe care o poate avea folosirea unui astfel de instrument în slujba justiției, de unde preocuparea constantă, atât în plan teoretic, cât și practic, aplicativ, pentru dezvoltarea acestei științe, pentru perfecționarea metodelor și a mijloacelor sale, pentru îmbunătățirea tehnologiilor de investigare.

Continuitatea acestei opțiuni, persistența, chiar obstinția – în sensul pozitiv al termenului – cu care s-a acționat în această idee, dincolo de toate avatarurile politice pe care l-a cunoscut în ultima perioadă societatea românească, reprezintă una dintre caracteristicile fundamentale ale strategiei noastre în materia investigațiilor criminalistice.

Toate acestea au creat, pe lângă un bun renume pe plan internațional, climatul menținerii cu consecvență la un nivel superior în soluționarea cazurilor investigate, mult peste media țărilor avansate din lume conducând pe cale de consecință la reducerea la minim a riscurilor producerii unor erori judiciare.

Tendința marcată de tradiție, dintr-o perioadă în care calitatea mijloacelor tehnice pe care specialiștii acestei științe le aveau la dispoziție erau relativ reduse – comparativ cu tehnica criminalistică disponibilă astăzi – se păstrează și se aprofundează în ultimele

* Doctor în drept la Institutul de Cercetări Juridice, Academia Română; Lect. univ. dr. asociat la Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice din cadrul Universității Dunărea de Jos Galați; consilier juridic – CNCF CFR SA-SRCF Galați; e-mail: stoicabasil30@yahoo.com

¹ E. Stancu, A.C. Moise, *Criminalistica elemente de tehnică și de tactică a investigării penale*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 5.

decenii și în perspectivă, folosindu-se în mod inteligent resursele practic inepuizabile oferite de tehnologia de vârf, a cărei dezvoltare este fără precedent.

Astfel, Criminalistica își întregește vocația sa de știință care elaborează și folosește mijloace științifice, precum și procedee tactice destinate descoperirii, fixării, ridicării, examinării și interpretării urmelor judiciare, efectuării constatărilor tehnico-științifice și expertizelor, în scopul identificării infractorilor și administrării probatoriului necesar aflării adevărului și tragerii la răspundere penală a acestora în cadrul procesului penal.

Categoric, o asemenea definiție a științei criminalistice continuă să fie valabilă, în substanța sa și astăzi, asigurând premisele unei dezvoltări viitoare, prin lărgirea ariei de aplicabilitate și, mai ales prin creșterea coeficientului de eficiență.

Totodată, evaluarea criminalisticii și a aportului său în procesul judiciar trebuie să țină seamă de câteva elemente principale ale stării de fapt în evoluția societății contemporane.

Primul aspect sesizat este reprezentat de accentuarea tendinței de globalizare a tuturor fenomenelor socio-economice, inclusiv în ceea ce privește internaționalizarea infracționalității și, pe cale de consecință, a ripostei instituțiilor abilitate, rezultând astfel, o serie de măsuri cu caracter strategic dintre care se remarcă, consolidarea inter-cooperării polițiilor naționale în structuri de tipul INTERPOL și EUROPOL.

Cel de-al doilea aspect, derivat din primul, îl constituie dezvoltarea fără precedent a ciberneticii, concretizată prin apariția de noi tehnologii computerizate cu mici posibilități de estimare a evoluției ulterioare. Apar astfel noi resurse de exploatare pentru mediul interlop și crima organizată internațională, lărgindu-se astfel substanțial spectrul infracționalității care cunoaște un salt calitativ însă, în aceeași măsură, se ivesc și noi posibilități de investigare care oferă tot mai mult întregului efort conjugat depus de organele de cercetare un pronunțat caracter științific prin care, fără să dispară cu totul rolul intuiției, flerului, spontaneității umane, centrul de greutate în anchetă se mută pe capacitatea criminalistului de a folosi inteligența resurselor pe care tehnologia de vârf le pune la dispoziție.

Categoric, computerul nu înlocuiește omul, fie și pentru simplul motiv că datele primare cu care operează sunt cele pe care i le oferă activitatea nemijlocită a acestuia în culegerea probelor, întrucât programul cu care operează este cel pe care i-l inoculează omul și pentru că, nu în ultimul rând, factorul decident asupra soluției la care s-a ajuns este criminalistul, și nu mașinăria. Ea însă, îi oferă posibilități mult mai rapide și mai fiabile de analizare prin comparare a urmelor, câștigul de timp fiind determinat în condițiile în care soluționarea cazurilor se aseamănă din ce în ce mai mult cu o cursă contra cronometru, în care capacitatea de a accelera investigația la momentul oportun reprezintă una dintre condițiile importante ale reușitei.

Am avut în vedere aici atât celeritatea obținerii unor indicii și verificarea acestora, cât și viteza schimbului de informații atât între structurile naționale ale sistemului, cât și între acestea și cele similare din alte țări, atât în ceea ce privește schimburile bilaterale, cât și cele plurilaterale în cadrul unor organizații internaționale de tipul celor amintite anterior.

În cadrul Inspectoratului General al Poliției, la 10 ianuarie 1973, a fost creat Biroul Național Interpol, unitate centrală a Poliției Române, a cărei atribuțiune principală constă în asigurarea schimbului de informații între autoritățile judiciare române și serviciile

corespondente din celelalte 186 state membre ale Organizației Internaționale de Poliție Criminală (OIPC), dispunând în acest scop de mijloacele tehnice necesare primirii și transmiterii, în timp scurt, a informațiilor referitoare la criminalitatea de drept comun. După 1990, ca urmare a profundelor schimbări de ordin politic, economic și social, survenite la nivel mondial, activitatea de cooperare a Poliției Române cu autoritățile similare din celelalte țări membre ale Interpolului și cu Secretariatul General al OIPC a cunoscut o dezvoltare continuă, concretizată printr-un număr sporit de informații de ordin operativ.

Integrarea în structurile euroatlantice NATO și în Uniunea Europeană au făcut ca în prezent Biroul Național INTERPOL să fie unitatea centrală de specialitate din cadrul Centrului de Cooperare Polițienească Internațională, care asigură aplicarea unitară a actelor normative generale (legi, hotărâri și ordonanțe ale Guvernului, hotărâri ale Consiliului Suprem de Apărare a Țării), precum și ordinelor, dispozițiilor, instrucțiunilor și regulamentelor emise și aprobate de Ministrul Internelor și Reformei Administrative și de Directorul General al Centrului de Cooperare Polițienească Internațională, referitoare la cooperarea polițienească operativă cu polițiile naționale din statele afiliate la OIPC – INTERPOL.

În acest sens, Biroul Național Interpol și-a adaptat activitatea la noul statut al României de stat membru al Uniunii Europene prin contribuția avută la aplicarea mandatului european de arestare și prin punerea la dispoziția autorităților române a instrumentelor Interpol agreate de Uniune, cum ar fi baza de date cuprinzând documentele de călătorie furate la nivel mondial, care dispune de peste 13 milioane de înregistrări.

De asemenea, Oficiului European de Poliție (Europol) – agenția UE care răspunde de aplicarea legii are drept țință creșterea nivelului de siguranță în Europa, acordând asistență autorităților competente din statele membre.

Datorită poziției sale centrale în arhitectura securității europene, Europol oferă o gamă unică de servicii de sprijin pe teren pentru operațiunile derulate de forțele de ordine, o platformă pentru schimbul de informații privind activitățile infracționale și totodată un centru de expertiză în materie de aplicare a legii.

În cadrul Europol lucrează cei mai bine pregătiți analiști din Europa. Grație lor, Europol este un organism care dispune de una dintre cele mai importante capacități de analiză din UE. Analiștii utilizează zi de zi instrumente de ultimă generație pentru a sprijini investigațiile desfășurate de autoritățile naționale.

Pentru a le oferi partenerilor din statele membre posibilitatea de a înțelege temeinic problemele de infracționalitate cu care se confruntă, Europol elaborează analize pe termen lung referitoare la terorism și criminalitate.

Am făcut aceste scurte precizări față de structurile de cooperare internațională pentru a reliefa faptul că, organele de investigare a fenomenului criminogen, precum și de identificare a infractorilor sunt pregătite să se adapteze rapid și să răspundă în mod eficient noilor situații și noilor problematici, orientându-și activitățile de reformă și modernizare exact în sensul impus de cerințele actuale și de viitor în combaterea criminalității.

Ultimii ani au consfințit o creștere substanțială a contribuției poliției tehnico-științifice la identificarea autorilor și probarea vinovăției acestora, precum și la clarificarea diferitelor situații de fapt în cazurile privind infracțiuni cu autori necunoscuți, înregistrându-se constant indicatori superiori.

Datele obținute de criminaliștii cu atribuții în domeniul cercetării la fața locului ca urmare a folosirii tehnicii de vârf în domeniu, au fost prelucrate, teaurizate și exploatate în aceeași manieră, adecvată noilor facilități tehnice de care se dispune, iar rezultatele au fost pe măsură.

Unul dintre succesele înregistrate în materie de tehnică criminalistică a fost marcat de intrarea în funcțiune a sistemului de stocare și comparare automată a impresiunilor papilare cu urmele digitale ridicate cu ocazia cercetării la fața locului – **AFIS 2000** – care a cunoscut pe parcursul ultimilor ani mai multe modernizări.

Acest sistem automat de identificare a amprentelor digitale (AFIS 2000) a fost implementat de către Poliția Română încă din anul 1996 și a marcat un pas important pe linia modernizării poliției tehnico-științifice.

Deschiderea spațiului de călătorie European prin integrarea țării noastre în Uniunea Europeană a scos și mai mult în evidență facilitățile sistemului, care permite identificarea pe baza amprentelor papilare a persoanelor cu identitate falsă sau care au comis fapte antisociale în afara țării.

Modernizarea acestui sistem național care a funcționat o perioadă cu doar 9 laboratoare a determinat conducerea poliției să o includă ca obiectiv în Strategia de modernizare a Poliției Române și în Planul de măsuri prioritare pentru integrarea României în Uniunea Europeană, obiectiv care să permită extinderea la nivel național a posibilităților de lucru și conectarea cu sisteme AFIS aparținând organismelor din țările europene.

AFIS PRINTRAK BIS (Printrak Biometric Identification System), este fabricat în SUA de concernul Motorola – Printrak, fiind vârful de gamă în tehnologia identificării biometrice și reprezintă ultima versiune în examinarea dactiloscopică.

Programul *Imagetrak*² este cea mai complexă bază de date a Poliției Române și conține datele particulare ale tuturor suspectilor înregistrați la nivel național, respectiv înălțime, greutate, culoarea ochilor, a părului și semne particulare, cum ar fi tatuaje, cicatrice. În general, acest program este folosit pentru identificarea persoane cu identitate necunoscută și a cadavrelor cu identitate necunoscută. Sistemul de recunoaștere facială Imagetrak stochează și examinează fotografiile de semnamente, date antropometrice, semne particulare și date despre fapta și modul de operare, în scopul identificării unor categorii de persoane care au săvârșit fapte penale și al clarificării unor aspecte de interes operativ în activitatea Poliției și altor unități din cadrul Ministerului Administrației și Internelor.

În decursul ultimilor ani științele forensic au cunoscut o dezvoltare explozivă atât pe plan național, cât și internațional, atât în descoperirea probelor, cât și în examinarea acestora.

² <https://ro.scribd.com/document/149413632/Sistemul-IMAGETRACK>.

Echipamentul de relevare a urmelor cu sursă de lumină variabilă CRIME LITE 80S³

Funcționează în spectrul 400-700 nanometri și folosește tehnologia LED având o putere optică de până la 500mW. Aceste surse de lumină sunt foarte importante în căutarea urmelor materiei în special a urmelor biologice care sunt puse foarte bine în contrast folosind diferitele filtre de lumină incluse în acest kit, în funcție de urma care va fi pusă în evidență.

În acest sens se impune o bună cunoaștere a filtrelor și lanternelor ce se vor folosi în funcție de specificul urmei ce va fi examinată. Examinarea fluorescenței este în sens generic, tehnica de cercetare criminalistică aplicată pentru a genera contrast vizual pentru o varietate de urme materiei atunci când reflectanța normală sau variațiile de transmitere sunt mici.

Folosirea detectoarelor în investigarea locului faptei⁴

Detectorul este un dispozitiv folosit pentru a constata prezența unui corp sau a unui fenomen. Criminaliștii folosesc detectoare în procesul căutării și descoperirii la fața locului a obiectelor, substanțelor sau fenomenelor care au legătură cu săvârșirea unei infracțiuni. De obicei pe timpul investigării locului faptei detectoarele cel mai frecvent utilizate sunt: detectorul de metale, detectorul de gaze, detectorul de materii explozive, detectorul de substanțe radioactive.

Aplicația „Crime Zone”⁵ constituie un software de proiectare și reconstrucție a locului faptei, introdus în anul 2008 în sistemul forensic al Poliției Române. Programul se utilizează de aproape 20 de ani de către investigatorii din Statele Unite ale Americii, fiind un produs al companiei CAD ZONE. Cu ajutorul acestui soft de tip „CAD” (Computer Aided Design – Proiectare asistată de calculator) se pot stoca și executa măsurători, se pot efectua calcule matematice, se pot importa fotografiile efectuate la fața locului sau fotografiile efectuate din satelit prin Google Map.

„Crime Zone” este un program de desenare pe bază de vectori, ceea ce înseamnă că graficul este construit prin crearea de obiecte trasând linii, cercuri, dreptunghiuri. Se pot face desene folosind măsurătorile reale efectuate la fața locului la o scară de 1:1, calculatorul neavând restricții, asemenea unei schițe care trebuie să încapă pe o foaie de hârtie format A4. Programul calculează orice scară de imprimare în funcție de mărimea hârtiei folosite. Desenele pot fi imprimate și cu un plotter cu format mare, sau se poate îmbina un desen tipărit pe mai multe foi care se lipesc ulterior⁶.

O componentă particulară a acestui software o constituie unealta de convertire a schiței efectuate din varianta 2D în 3D, aceasta realizându-se cu respectarea cerințelor programului. Totodată, această unealtă de lucru oferă o imagine globală despre locul comiterii infracțiunii, creând posibilitatea de a interveni cu explicații și de a redimensiona detalii descoperite la fața locului, putând aduce astfel în prim plan principalele probe descoperite în investigație.

³ <https://www.criminalistic.ro/>.

⁴ <https://www.criminalistic.ro/>.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

Examinarea urmelor materie folosind instalația SUPER FUME⁷.

Această instalație funcționează pe principiul relevării urmelor de pe obiectul examinat folosind vapori de cyanacrilat la o umiditate de 80%. Avantajul acestui aparat comparativ cu cel al etuvei de pe autolaboratoarele din dotarea serviciilor criminalistice îl constituie dimensiunea obiectelor care pot fi tratate cu ajutorul acestei metode. Cu instalația SUPER FUME se pot releva urme papilare de pe obiecte, indiferent de dimensiunea acestora. Instalația este formată din două plite de încălzire a cyanacrilatului cu ventilatoare de dispersie a vaporilor, recipient de vaporizare a apei în vederea asigurării umidității, filtru de purificare a aerului după folosire, precum și două unități de control a funcțiilor prevăzute cu temporizator și senzor de umiditate. Cu această aparatură pot fi relevate și ridicate urme papilare de pe corpul cadavrelor, dar numai în anumite cazuri.

Software-ul LUCIA FORENSIC⁸ poate prelucra atât fotografii la scară ale obiectelor din câmpul infracțiunii, cât și fotografii ale urmelor model de comparație, folosirea diferitelor funcții, cum ar fi: juxtapunere, îmbinare, transformări negativ-pozitiv, reconstrucția întregului din părți componente, poate duce la identificarea probelor examinate.

Antidotul împotriva escaladării infracționalității – fie că aceasta privește marea criminalitate cu caracter organizat și transnațional, fie că ne rezumăm la așa-numita criminalitate mărunță pentru că îl afectează pe omul obișnuit în imediatul existenței sale cotidiene – nu poate fi, într-o lume supertehnicizată, decât o ripostă promptă, suplă, riguroasă și adecvată fiecărei situații din partea societății, prin instituțiile sale specializate.

CONCLUZII

Diletantismul, folosirea unor metode empirice, bazate pe calitățile, uneori excepționale, ale unor criminaliști cu adevărat excepționali, nu mai sunt de mult garanții de succes. Ele au lăsat locul unor acțiuni sistematice, în care inspirația și inteligența omului legii, luat ca individ, nu mai sunt decât niște component necesare, dar nu suficiente în sine, pentru garantarea reușitei. Soluția stă în funcționarea la parametric optima ai ansamblului, la interconectarea tuturor componentelor sale, într-un întreg bine articulate, în care tehnologia de vârf preia și prelucrează informația, transformând-o în probă.

În cei peste o sută de ani de existență, în care s-a aflat permanent printre protagoniștii războiului, declarat sau nu, împotriva criminalității, criminalistica românească este pregătită să-și asume și să-și joace rolul împletind așa cum ne convinge o simplă parcurgere a statisticilor de personal, experiența și tactul reprezentanților generațiilor mai vârstnice cu disponibilitatea la nou a celor mai tineri.

Tehnica de ultimă generație a contribuit și va contribui decisiv în lupta continuă de identificare a autorilor pe care criminalistica o duce în permanență.

⁷ *Idem.*

⁸ <https://www.criminalistic.ro/>